ISTITUZIONI

DI

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

secondo la ragione e il diritto romano

DEL

Dott. ANTONIO BUCCELLATI

Prof. ordinario di diritto penale nella R. Università di Pavia.

ULRICO HOEPLI

EDITORE-LIBRAJO

NAPOLI MILANO PISA

1884

INDICE

Diritto Penale.

TRATTATO PRIMO.

PROLEGOMENI.

TRATTATO SECONDO.

TEORIE DI DIRITTO PENALE.

TRATTATO TERZO.

DEL REATO IN GENERE.

TRATTATO QUARTO.

DEI REATI IN ISPECIE.

TRATTATO QUINTO.

DELLA PENA.

Procedura Penale.

TRATTATO PRIMO.

PRELIMINARI.

TRATTATO SECONDO.

AZIONE.

TRATTATO TERZO.

ISTRUZIONE PREPARATORIA.

TRATTATO QUARTO.

GIUDIZIO.

ALLA CAMERA DEI DEPUTATI ED AL SENATO

DEL REGNO D'ITALIA

CON VOTO ARDENTISSIMO

DI UN PRESTO CODICE PENALE

CONFORME A RAGIONE ED ALLA ROMANA SAPIENZA

DEVOTAMENE L'A.

INTRODUZIONE

Le istituzioni o dottrine elementari di una scienza rappresentano la sintesi di lunghi studii; epperò devono venire da ultimo, quando il maestro mercè *completa e diligente analisi delle singole parti*, abbia acquistata la convinzione di potere, secondo l'attuale processo della scienza, coordinare tutte le idee ad un sommo principio generatore.

Potrò fare ciò?

Lo spero; quantunque non sappia dissimulare le gravi difficoltà, che attraversano l'impresa.

Da venti anni studio quasi esclusivamente diritto penale; pubblicai memorie sugli argomenti vitali di questa scienza; e non credo di avere pure una volta risparmiato, come gregario, le mie povere forze a difesa della *tradizione scientifica, che parte dal diritto romano, ed a questo deve aderire, in quanto non ripugni a ragione.*

Fatta così l'analisi dei principali argomenti, mi elevai al principio sommo: *reintegrazione dell' ordine giuridico*, di cui misurai tutta l'ampiezza e fecondità,... non forse abbastanza.

Per raggiungere appieno l'ideale proposto, avrei dovuto ritardare questa pubblicazione; e lo farei di buon grado, se altro motivo non imperasse nella mia coscienza.

La guerra che si solleva contro la nostra scienza, almeno quale fu concepita finora, è all'ultimo sangue.

Non basta respingere l'attacco su qualche punto speciale: sul principio che giustifica il diritto penale, sulla imputabilità, sul sistema penitenziario, ecc., ecc.; è mestieri dare una battaglia campale, invitando in nostro ajuto le invitte legioni romane; altrimenti, illusi di qualche trionfo nei combattimenti alla spicciolata, mentre dormiremo sugli allori, saremo feriti nel cuore.

Bisogna dunque raccorre le *sparse verghe;* bisogna opporre un complesso di dottrine, in cui pure si riveli ciò che appartiene veracemente alla scienza, e ciò che vi è di estraneo ed erroneo. E poichè il diritto è uno degli elementi distintivi della nazionalità, parlando noi ad italiani di recente uniti a nazione, dobbiamo, per cementare il vincolo morale del nuovo Stato, ricorrere al principio unitario romano, *l'antica sapienza italica* (Vico), la più splendida rivelazione del giure razionale; e sopra questo solidissimo fondamento ristaurare tutto l'edificio del diritto penale, senza riguardo a posteriori

aberrazioni, all'*opera stritolatrice di Tribuniano e dei suoi degni colleghi* (MAJNO, *La tradizione romana nel diritto penale*, Riv. Pen. Vol. V), ai dogmatici commentatori ed ai più recenti filosofi smarriti nella ricerca della *magna ratio* punitiva; e tutto con riverenza accogliere quanto usciva per divinazione dalla romana coscienza, opporre come limite e misura di questa il reale progresso scientifico, sia ideale che empirico, i nuovi postulati e le verità di fatto, secondo umano ingegno escogitati ed ineluttabilmente compresi. Ecco la ragione di queste istituzioni, di cui le indagini sul diritto romano, dietro mio indirizzo, sono riservate al prof. CONTARDO FERRINI, di questa scienza distinto cultore.

Non è tanto il grido *delenda est Carthago*, quanto il più umano *servanda Roma*. Spiegando la battaglia su tutta la linea avremo occasione di meglio conoscere le dottrine degli avversarii in tutti i particolari, e lealmente ciò che è accettabile lo faremo nostro; perchè non è la dottrina di una scuola speciale che ci sta a cuore; ma il trionfo oggettivo della scienza e della verità.

Da questo intento io non dubito che sulle generali siano animati gli avversarii stessi, ai quali raccomando il *ne quid nimis*; e se a conveniente moderazione potranno indurli queste poche pagine, sarà la massima mercede ch'io possa sperare dalla grave fatica.

Obb.e Alle corte: si tratta di polemica e questa mal

s'addice alle istituzioni !... Lo so. Le istituzioni devono offrire i risultati ultimi della scienza; presupponendo risolte le controversie; ma noi penalisti non possiamo dissimulare che questi appunto sono radicalmente scossi. E se a ristabilirli ci abbisogna uno sguardo sintetico della scienza universale, in confronto a recenti dottrine possiamo rifiutarci?

Si mormorerà che le sono queste istituzioni di nuova forma. Sia pure: ma questa forma non l'abbiamo voluta noi; la ci è imposta dalla crisi attuale, dalle condizioni dei tempi, a cui necessariamente serve lo scrittore, che vuol provvedere nell'attualità. — Possiamo noi fare astrazione dalla realtà che ci perseguita?

Del resto, malgrado il carattere polemico di questo dettato (che apparirà specialmente nel trattato delle *teorie*), procureremo, per quanto è concesso ad intelletto umano, serbare in complesso il carattere di insegnamento elementare.

A questo scopo seguiremo il programma comunemente accetto nelle scuole: cioè la distinzione delle istituzioni in due parti: 1.ª *Diritto penale;* 2.ª *Procedura.*

Siccome poi la procedura è parte di altra scienza singolare, il *diritto giudiziario;* così nelle istituzioni si darà solo un cenno quasi accessorio della prima parte, la quale costituisce l'*essenziale* della nostra scienza; e si distingue in cinque trattati: 1.° *Prolegomeni;* 2.° *Teorie;* 3.° *Reato in genere;* 4.° *Reato in ispecie;* 5.° *Pena.*

2.° Eviteremo la controversia personale e faremo solo questione di principii.

3.° Sovrapposte a ciascun capitolo saranno segnate le fonti, affine di non attraversare il corso delle idee con citazioni, le quali, se assolutamente necessarie per alcuni argomenti (*storia* e *teorie*) allora soltanto saranno incorporate nel testo.

4.° La parte strettamente positiva, *legge* e *giurisprudenza*, sarà oggetto di altro studio, che attende la pubblicazione di nuovo codice, il cui progetto è presentato oggi alla Camera dei Deputati.

5.° Siccome questo trattato è specialmente ad uso dei miei scolari, così non per vanità, ma a risparmio di spazio ricorrerò ad altri miei lavori noti alla scuola, ogni qual volta si esiga maggior sviluppo del pensiero.

6.° Sopratutto mi prefiggo semplicità di concetti, perspicuità di forma, un intento pratico e la massima brevità, quasi *sunto* delle lezioni.

Le intenzioni sono ottime: Dio mi ajuti!

DIRITTO PENALE

BIBLIOGRAFIA DEI TRATTATI GENERALI.

Italiani.

Jacobi e Bellovisio, *Practica judiciaria in materiis criminalibus.* Firenze 1575. — Bonifacius De Vitalinis, *Tractatus super maleficiis.* Collez. di Lione 1551. — Albertus De Gandino, *Tractatus de maleficiis.* Venezia 1491. — Guilielmus Durantis, *Speculum judiciale.* Lib. 3.º 1473. — Angelus Aretinus de Gambilionibus, *Tractatus de maleficiis.* Lione 1472. — Hippolitus de Marsiliis, *Practica causarum criminalium.* Lione 1538. — Aegidius Bossius, *Tractatus varii qui omnem fere criminalem materiam complectuntur.* Venezia 1570. — Julius Clarus, *Sententiarum recept. lib. 5.* Francof. 1560. — Tiberius Decianus, *Tractatus criminalis.* 1551. — Prosper Farinacius, *Opera omnia criminalia.* 1597. — Joseph de Angelis, *Tractatus criminalis.* 1717. — Franciscus Maradeus, *Tractatus analyticus criminalis.* 1712. — Xaverius Caravita, *Institutiones juris criminalis.* 1740. — Nicolaus Alphanius, *De jure criminali.* 1732. — Tomaso Briganti, *Pratica criminale.* 1747. — Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene.* 1764. — Risi, *Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam pertinentes.* 1766. — Gaetano Filangeri, *Scienza della legislazione.* Lib. 3.º, 1780. — Mario Pagano, *Principî del codice penale. La logica dei probabili applicata ai giudizi penali. Considerazione sul processo penale* (vol. 3.º *delle opere complete.* Lugano 1837). — Renazzi, *Elementa jurisprudentiæ criminalis.* 1774. — Cremani, *De jure criminali.* 1791. — Nani, *Principii di giurisprudenza criminale.* 1822. — Paoletti, *Institutiones theorico practicæ criminales.* 1805.

GIANDOMENICO ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*. Pavia 1791. Seconda edizione aumentata di due parti. Milano 1823. — CARMIGNANI, *Elementa juris criminalis*. 1808. *Teoria sulle leggi della sicurezza sociale*. 1831. — ROBERTI, *Corso di diritto penale delle due Sicilie*. 1858. — NICOLINI, *Quistioni di diritto*. 1840. *Della procedura penale*. 1840. — BUONFANTI, *Manuale di diritto penale*. 1854. — ARABIA, *Principî di diritto penale*. 1854. — GIULIANI, *Instituzione del diritto criminale*. 3.ª ediz. 1856. — CASALIS, *Commentario sul codice penale italiano*. — CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*. Lucca, 5.ª ed. 1877. *Parte speciale*, 3.ª ed. 1878 seg. — MANGANO, *Diritto penale secondo il codice penale italiano*. Catania 1862-64. — BUCCELLATI, *Sommi principî del diritto penale*. Milano 1865. — TANCREDI CANONICO, *Introduzione allo studio del diritto penale*. — TOLOMEI, *Diritto penale filosofico e positivo*. 1866. *Diritto e procedura penale*. 1875. — PESSINA, *Elementi di diritto penale*. 3.ª ed. 1872. — ZUPPETTA, *Corso completo di diritto penale*. 8.ª ed. 1869. — ROSSI, *Traité de droit pénal*. 1863. — PAOLI, *Nozioni elementari di diritto penale*. 1871. — BRUSA, *Appunti per un' introduzione al corso di diritto e procedura penale*. 1880. — LUCCHINI, *Corso di diritto e procedura penale*. 1880-81.

FRANCESI.

ANDREA TIRAQUELLUS, *De pœnis legum ac consuetudinum statutorumque temperandis aut etiam remittendis et id quibus ex causis*. 1559. — ROUSSEAU DE LA COMBE, *Traité sur les matières criminelles*. 1741, 1747, 1769. — BRISSOT DE VARVILLE, *Théorie des lois criminelles*. 1781. — PASTORET, *Des lois pénales*. 1790. — CHAUVEAU, *Code pénal progressif*. 1832. — LE GRAVEREND, *Traité de la législation criminelle en France*. 3. éd. 1830. — CARNOT, *Commentaire sur le code pénal*. 1836. — RAUTER, *Traité théorique et pratique du droit criminel*. 1836. — LE SELLYER, *Traité du droit criminel*. 1844. — LE MÊME, *Traité de la criminalité, de la pénalité*. 1867. — MORIN, *Répertoire général et raisonné du droit criminel*. 1850-51. — MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel*. 1851. — TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire du droit criminel*. 1854. — ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*. 1867. — BOITARD et FAUSTIN HÉLIE, *Leçons de droit criminel*. 11 éd. par LINAGE. 1876. — LEFORT, *Cours élémentaire de droit criminel*. 1876. — BERTAULD, *Cours de code pénal et leçons de législation criminelle*. 4 éd. 1873. — MOUTON, *Les lois pénales de la France*. 1868.

Belgi.

J. Damhouder, *Praxis rerum criminalium.* 1554-1570. — Nypels, *Le code pénal belge.* 1867-70. — Haus, *Principes généraux du droit pénal belge.* 1873.

Inglesi, Scozzesi e Irlandesi.

Eden, *Principles of penal law* (Principî di diritto penale). 1775. — Blackstone, *Commentaries on the laws of England* (Commento alle leggi inglesi; cf. specialmente il 4.° vol.). 1803. — Tomlins, *A digest of the criminal statute law of England* (Digesto della legislazione statutaria penale inglese). 1819. — Deacon, *A digest of the criminal law of England* (Digesto del diritto penale inglese). 1836. — Hume, *Commentaries on the law of Scotland respecting crimes* (Commento alle leggi penali scozzesi). 1819. — Alisan, *Principles of the criminal law of Scotland* (Principî del diritto penale scozzese). 1832. — Macdonald, *A practical treatise on the criminal law of Scotland.* 1867. — Gabbett, *A treatise of the criminal law* (Trattato di diritto penale). 1835 e 1843. — Lefroy, *Analysis of the criminal law of Ireland* (Analisi del diritto penale irlandese). 1865.

In Inghilterra importano a noi specialmente le opere posteriori al *Consolidations act* del 1861 (cf. Woolrich, *The criminal law as amended by the statutes of 1861* [Gli emendamenti introdotti dalla legge 1861 nel diritto penale]): fra queste notiamo: Stephen, *A general view of the criminal law of England.* 1863 (Sommario del diritto penale inglese).— *New commentaries of the law of England.* 7th. ed. 1873. (Nuovo commento alle leggi inglesi: Per noi il vol. IV). — Russel, *Treatise on Crimes and Misdemeanors* (Trattato de' crimini e de' delitti). 5th. ed. 1877. — Ph. A. Smith, *Principles and rules of the criminal law.* 1871 (Principî e norme di diritto penale). — Archbold, *Criminal law* (Diritto penale). 1871. — Harris, *Principles of the criminal law* (Principî di diritto penale). 2.ª ed. 1881.

Tedeschi.

Andreas Perneder, *Von Straf und Peen aller und jeder Malefizhandlungen* (Della pena di ciascun atto delittuoso). 1545. — Justin Gobler, *Der Rechtenspiegel* (Specchio giuridico). 1550. — Rauchdorn,

Practica und Process peinlicher Halssgerichtsordnung (Pratica e procedura de' giudizî penali). 1564. — A. SAWR, *Strafbuch* (Libro di diritto penale). 1577. — VIGELIUS, *Constitutionis Carolinæ publicorum judiciorum, etc.* 1583 (?). — HARPPRECHT, *Tractatus criminalis aliquot titulorum.* 1603. — GILHAUSEN, *Arbor judiciaria criminalis.* 1606. — BERLICH, *Conclusiones practicabiles.* 1614 sq. (Parte 4.ª e 5.ª relativa al diritto penale). — CARPZOV, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium.* 1635 (Nisi Berlichius berlichiasset, Carpzovius non carpzoviasset). — OLDEKOP, *Observationes criminales practicæ.* 1698 (contro a CARPZOV). — BÖHMER, *Observationes selectæ ad Carpzovii practicam.* 1759. — GAERTNER, *Institutiones iuris criminalis.* 1739. — KENNNEBICH, *Synopsis iuris criminalis.* 1731. — BÖHMER, *Elementa iuris criminalis.* 1736 (6. ed. 1774). — MEISTER, *Principia iuris crim.* 1775. — PÜTTMANN, *Elementa iur. crim.* 1779. — KLEIN, *Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts* (Elementi del diritto penale comune tedesco). 1796. — FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinl. Rechts* (Revisione de' fondamenti e de' principî del diritto penale). 1799. — ID., *Lehrbuch des gemeinen peinl. R.* (Trattato del diritto penale comune tedesco). 1801. 14 ed. di Mittermaier 1847. — TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft* (Manuale di diritto punitivo). 1806. — HENKE, *Handbuch des Criminalrechts* (Manuale di diritto criminale). 1823 sq. — JARKE, *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts* (Manuale del diritto penale comune tedesco). 1827 sq. — LUDEN, *Handbuch des deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts* (Manuale del diritto penale tedesco comune e particolare). 1842. — KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts* (Sistema del diritto penale tedesco). 1855. — HEFFTER, *Lehrbuch des gem. deutsch. Strafrechts* (Trattato di diritto penale comune tedesco). 1833. — KLENZE, *Lehrbuch des gem. Strafrechts.* 1833. — ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft* (Trattato di giurisprudenza penale). 1836. — MAREZOLL, *Das gemeine deutsche Criminalrecht.* 1856. — GEIB, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Trattato di diritto penale tedesco). 1861 sq. — BERNER, *Lehrbuch des deutsch. Strafr.* 12 ed. 1881. — HOLTZENDORFF, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, col concorso di parecchi valenti, GEYER, TEICHMANN e altri (1.ª ed. 1871). — *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts*, col concorso di GLASER, GEYER, FUCHS e altri. 1878. — MEYER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts.* 1877. — WAECHTER, *Deutsches Strafrecht, Vorlesungen* (Lezioni di diritto penale tedesco) pubblicata da O. WAECHTER. 1881. — BINDING, *Grundriss zur Vorlesung über das*

deutsche gemeine Strafrecht (Programma al corso di diritto penale comune tedesco). 1879.

Importanti son pure i lavori sul diritto penale austriaco; citiamo JENULL, *Das österreichische Criminalrecht* (Il diritto criminale austriaco). 1837. — MAUCHER, *Systematisches Handbuch des öst. Strafgesetzes* (Manuale sistematico di diritto penale austriaco). 1846. — HERBST, *Handbuch des allgemeinen öst. Strafrechts* (Manuale di diritto penale austriaco). 1875. — GEYER, *Erörterungen* u. s. w. (Ricerche, ecc.). 1862

Sui diritti particolari tedeschi meritano speciale menzione: HAELSCHNER, *System des preussischen Strafrechts* (Sistema di diritto penale prussiano). 1855. — BERNER, *Grundsätze des preuss. Strafrechts* (Elementi di diritto penale prussiano). 1867. — ROTTMANN, *Das bayerische Strafrecht* (Il diritto penale bavarese). 1851. — KNAPP, *Das würtembergische Criminalrecht* (Il diritto criminale del Würtemberg). 1828. — Sul codice del 1839 è importante il commento di HEPP (1839 sq.). — WAECHTER, *Das königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht* (Il diritto penale del regno di Sassonia e della Turingia « incompleto »). 1857. — Celebre è il commento di KRUG al codice sassone del 1855 pubblicato la prima volta nello stesso anno. — BOTHMER, *Erörterungen u. Abhandlungen aus dem Gebiete des Hannoverschen Criminalrechts* (Ricerche e studî di diritto criminale annoverese). 1843 sq. — PAULI, *Das bremische Strafrecht* (Il diritto penale di Brema). 1863.

SPAGNUOLI.

LARDIZABEL, *Discurso sobre las penas y las leyes criminales de España.* 1782. — PACHECO, *Estudios de derecho penal.* 1842. — *Codigo penal concordado y commentado.* 1866. — ORTIS DE ZUÑIGA, *Elementos de practica forense.* 1861.

PORTOGHESI.

FREIRA, *Institutiones iuris criminalis.* 1789. — FERRAO, *Theoria do direito penal.* 1856-57.

TRATTATO PRIMO.

PROLEGOMENI.

—

Argomento.

1. Argomento e nozione dei prolegomeni.

1. Avanti entrare nel tempio della scienza, dobbiamo far sosta sul vestibolo di questa e discorrere: 1.° del *nome* dato a questa scienza; 2.° dell'*indirizzo;* 3.° *nozione;* 4.° *distinzione;* 5.° *scienze affini;* 6.° *storia;* lo che appunto costituisce i Prolegomeni o lo *studio, che predispone alla scienza del diritto penale.*

CAPITOLO PRIMO.

QUÆSTIO NOMINIS.

—

Argomento.

2. I due nomi assegnati alla nostra scienza: *penale* e *criminale.* — 3. Si dimostra, che scopo di questo studio deve essere non tanto la *diminuzione*, quanto la *giusta applicazione della pena.* — 4. Altri argomenti, per cui si giustifica il distintivo della nostra scienza derivato dalla *pena.* — 5. Quando si debba usare la frase *diritto criminale.*

2. La scienza, che si propone di stabilire le *pene convenienti ai reati,* oggi è detta *diritto penale,* altre volte *diritto criminale.* La diversità del nome procede dall'im-

portanza diversa data all'uno dei due elementi di questa scienza: *pena* e *reato*. — Noi riteniamo oggetto *caratteristico* la *pena*.

3. La nuova scuola si proporrebbe per iscopo la *diminuzione del delitto;* mentre lo scopo della scuola antica o classica sarebbe, a testimonianza dei novatori, la *diminuzione della pena.*

Non crediamo esatta questa distinzione; perocchè la *giustizia repressiva*, oggetto del diritto penale, presuppone già il reato e deve trovar modo di *reprimerlo* secondo giustizia, lasciando in particolare alla giustizia preventiva, *oggetto della scienza di buon governo* il compito di *prevenirlo* o diminuirlo.

Del resto, indirettamente, l'*applicazione di una pena giusta* (scopo immediato del diritto penale) conduce pure alla diminuzione del delitto.

4. Anche *positivamente* dalla determinazione della pena assume il reato la sua *figura giuridica;* epperò legislatori e trattatisti danno con ragione la preferenza alla pena, per qualificare la nostra scienza.

Di più la voce *diritto penale* è di sua natura più comprensiva, intendendo anche la *facoltà di punire* (parte eminentemente *razionale*); mentre *diritto criminale* si riferisce ad un fatto, a cui impropriamente soltanto può aggiungersi la parola *diritto.*

5. Non vogliamo perciò escludere anche il titolo *diritto criminale;* quando, come ha fatto Carrara nel suo *programma speciale*, si abbia riguardo speciale all'esposizione dei delitti; in tal caso questa voce sarebbe con proprietà applicata.

CAPITOLO SECONDO.

INDIRIZZO.

—

Argomento.

6. Malinteso progresso, che conduce alla demolizione della nostra scienza. — 7. Il *positivismo* nella nostra scienza. — 8. Necessità di elevarsi a ragione. — 9. Contributo dello *sperimentalismo* al diritto penale, scienza di sua natura *filosofica* o *razionale*. — 10. Indirizzo morale.

6. Passando per Neuchâtel, in una sala dell'albergo del Mont Blanc, trovai in un elegante volume *(Panthéon des illustrations françaises)* a pag. 8 il seguente autografo di Emilio de Girardin « è nel 1764 a Milano (?) che il marchese Cesare Beccaria, pubblicava il suo libro intitolato: *Dei delitti e delle pene;* nel 1864 a Parigi, proprio cento anni dopo, io pubblicai il mio libro intitolato: *Du droit de punir* » ed aggiungeva = che egli compieva l'opera del Beccaria stesso; poichè, quello voleva la mitigazione della pena, egli l'abolizione totale = perchè « la penalità non è giustificata nè dalla sua origine nè dal suo uso ».

A parte la modestia di questo francese, che presume compiere l'opera del Beccaria, avrebbe egli il merito di parlar chiaro; a rovescio però della favola di Saturno: il babbo Beccaria verrebbe divorato da un suo nipote a Parigi.

Allora patii sorpresa; ma ormai siamo avvezzi a queste minaccie di morte.

7. Altri italiani, che pure si dicono cultori della nostra scienza e discepoli di Romagnosi giungono allo stesso

estremo sotto il titolo speciale di *positivismo* (V. avanti: *Teorie*).

Intendiamoci francamente: il *positivismo* nel diritto è una *forma necessaria*, che costituisce l'*arte della giurisprudenza;* ma non è dessa certo la *forma scientifica.*

8. Il diritto penale è *scienza sociale*, la quale presuppone un lungo ordine di idee sulle quali la società si posa; e dove mai da queste idee si faccia astrazione e si voglia considerare il reato come *fenomeno individuale*, non abbiamo altro che a raccomandarci alla zoologia, in cui, secondo l'evoluzione darwiniana, vi sarebbe l'uomo preistorico (FERRI, *Omicidio*).

9. Certo vi ha un lato di vero nella dottrina avversaria; perchè realmente noi partecipiamo alla natura animale; ma l'errore sta nel prendere la parte per il tutto.

Non escludiamo lo *sperimentalismo;* ma neppure il *priorismo.* Persuasi anzi, come dice STUART MILL, che « le scienze morali sono necessariamente prioristiche », presupponiamo, come è, del resto, di tutte le scienze, alcuni principii universalmente accolti; ma nelle questioni particolari, *procuriamo dal fatto assorgere alla ragione*, = l'insufficienza del fatto ci mena alla ragione. = Ecco in qual modo troviamo noi l'applicazione del sistema *induttivo* o *sperimentale* (Vedi avanti: *Teorie* e l'opera testè pubblicata: *Il nihilismo e la ragione del diritto penale*).

10. All'*indirizzo scientifico* segue l'*indirizzo morale*.

Amor, semente in noi d'ogni virtute, è il soffio, che anima questa disciplina.

« Oggi, ogni uomo dabbene, pensi o creda come si voglia, ama, e ciò fa con ardore universale in ogni sua opera » (MAMIANI).

Ciò per tutti gli studii e di preferenza per il diritto penale.

La cruda giustizia facilmente si converte in *vendetta*, dove non vi sovvenga la *carità*, la quale nel diritto penale specialmente *perfeziona* la legge: *plenitudo legis charitas est.*

Nel caos delle passioni e dei vizii, che orribilmente urtandosi allagano di miserie il mondo, abbiamo continuo lo stato di guerra e non solo contro popoli, ma contro individui, che prepotentemente abusano della loro libertà.

Questa però non è la condizione delle genti civili *ad diligendos homines nati* (Cic.).

Noi tendiamo alla *pacifica associazione* e lasciando alla Provvidenza il cómpito di misurare su equa lance il bene ed il male, provvediamo soltanto a quanto è necessario per la *sicurezza sociale;* restituendo la pace, là dove è turbata, usando colla massima economia quel potere, che *tien dietro, quando esaurito è ogni altro mezzo possibile.*

Spaventati taluni dalle dottrine degli attuali internazionalisti o nihilisti, sentendo infida vacillare la terra, disciolta la società e la famiglia, spregiata l'autorità divina ed umana, disconosciuti i diritti, non sanno invocare a loro ajuto altro che il diritto penale; quindi la smania di creare *nuovi delitti* e la necessità di *pene atroci.*

Noi vorremmo invece *diminuito il numero dei delitti e mitigata la pena*, la quale, per quanto sia un male, dovrebbe pur sempre tornare a giovamento del reo.

Odiate il reato, ma amate il reo; amate perchè questa è prima legge morale, che non conosce distinzione di persone e *ci fa perfetti come il Padre nostro che è ne' cieli;* amate, perchè il colpevole è uno sciagurato, a cui natura ha già inflitto il suo castigo; amate, perchè se il reato procede dall'odio, l'antinomia del reato è l'amore; amate,

e come accusatori e giudici saprete umanamente rappresentare la giustizia; come difensori, con eloquenza veramente ispirata avrete facile vittoria.

Nonostante il riso beffardo dello scettico, voi vedete oggi giorno tutte le leggi penali ispirate da questo principio dell'amore. Questo soltanto vi rende ragione della *restrizione dei reati,* della pena *limitata alla detrazione di libertà* coll'intento di *correggere* il reo (sistema penitenziario), dei *giudizii popolari* (giurati e scabini) e dell'*intimo convincimento,* sostituito alle prove legali.

Ma il vostro amore sia *secondo ragione;* e non si accresca il numero di quegli illusi, che sciuparono la nostra scienza in vano sentimentalismo. Non è il reo una vittima fatale dell'egoismo rappresentato dall'interesse della maggioranza; è un cittadino, parte della società stessa, che *liberamente* ha voluto una azione a turbamento dell'umana famiglia; deve egli quindi rendere ragione dell'azione stessa; così alla colpa terrà dietro il giudizio; all'egoismo individuale, che irrompe nella cerchia altrui, si opporrà la forza collettiva, razionale, come esigenza *estrema,* esigenza *indefettibile, necessaria;* poichè non vi ha autorità possibile, dove alla minaccia non tenga dietro la pronta esecuzione.

Dietro questo indirizzo scientifico e morale noi apriamo le nostre lezioni.

CAPITOLO TERZO.

NOZIONE DEL DIRITTO PENALE.

—

ARGOMENTO.

11. *Le definizioni sono pericolose in diritto;* epperò siamo paghi di una *nozione qualunque,* lasciando ad altri più fortunati il cómpito di ridurla a formola esatta e comprensiva, che meriti davvero il distintivo di *definizione.*

Come il diritto in genere, cosi il *diritto penale* si può considerare sotto due aspetti: *oggettivamente* o secondo la sua positiva determinazione; e *soggettivamente* e secondo la sua genesi e natura razionale.

Oggettivamente *complexio legum criminalium dicitur ius criminale* (RENAZZI) e fra i recenti = *è qualunque norma, per cui si determina negli Stati il diritto di punire il reato* = (Manuale HOLTZENDORFF), o « *il complesso delle norme giuridiche relative alla punizione de' reati* » (WAECHTER).

Un giorno poteva bastare questa nozione, quando *dogmatica* era l'esposizione del diritto di punire; nè si osava indagarne la *ragione.*

Dopochè si aprì questa indagine, si estese l'orizzonte di questo concetto e dalla legge o dal *significato positivo* si elevò la mente all'*ideale del diritto*, studiandolo nella prima sua sede, in modo da presentare non solo l'istituto *attualmente imperante*, ma ancora l'*origine* di questo, la *natura*, l'*autorità*, a cui conviene, il *modo* di sua applicazione e gli *oggetti* a cui si riferisce: *reato* e *pena*.

12. Così soggettivamente si considera il diritto penale: *facoltà spettante naturalmente alla società civile moderata e protetta dalla legge morale di detrarre all'autore del reato ed ai complici, mediante competente giudizio, tale e tanta libertà, quale e quanta ne esige la reintegrazione dell'ordine giuridico.*

13. *Facoltà.* — Il diritto si risolve in azione (*actio*); e questa, attraversando la libertà degli uomini, presuppone un potere *naturale legittimo*, altrimenti abbiamo la violenza comune ai bruti.

La dimostrazione di questa *legittimità* la daremo più avanti; ora fin dal primo passo osserviamo la elementare distinzione fra il diritto penale *esercitato dalla società* per *attributo a sè naturale* e il diritto (se così può chiamarsi) di *difesa collettiva* comune agli altri animali, a cui farebbe capo la nuova scuola; il primo è *razionale*, il secondo *istintuale*, che precede l'*atto di ragione*.

14. *Spettante naturalmente alla società civile:* Non uomo senza *società*, non società senza *leggi;* non leggi senza *sanzione*, di cui l'ultima espressione è la pena.

Per due rapporti vi ha l'aggiunto *civile:* 1.° Per indicare: che se *storicamente* parte del diritto penale potrebbe attribuirsi anche ai *privati;* quando la società sia pienamente *organata a giustizia*, quindi *civile* nel significato proprio della parola, allora solo questo potere completamente si organizza ed è considerato come *funzione*

pubblica affidata a speciale magistratura, nè alcun'altra persona o autorità potrebbe legittimamente esercitarlo. Le politiche eccezioni non infirmano, ma confermano il principio stesso. — 2.° Si dice *civile* questo potere per distinguerlo da altro di ordine meramente *spirituale* che appartiene alla Chiesa; e dal diritto *correzionale domestico;* non che da altre *sanzioni positive*, a cui spontaneamente si obbligano i membri di società private politiche, commerciali, scientifiche.

15. *Moderata e protetta dalla legge morale.* — L'ordine giuridico, e lo proveremo più avanti, è una specificazione dell'ordine morale, il quale fa capo all'Assoluto: *ratio divinæ mentis mouentis omnia ad debitum finem* (S. THOM.).

Deve dunque anche il diritto in genere riconoscere questa paternità; e lo deve in particolare il diritto penale in una società cristiana.

Solo con questo indirizzo supremo (nota caratteristica della scuola classica), da cui deriva la prima norma morale: *rispetta l'essere nel suo ordine intrinseco* (ROSMINI), è tolto il pericolo che la legge si faccia *tiranna.*

È assai difficile tradurre in forma positiva i postulati morali, che servono a temperare il crudo diritto; epperò i legislatori sagacemente, anzichè regole speciali, hanno introdotte a fianco del diritto alcuni istituti, che sono l'*espressione* di *questa morale coscienza,* quali sarebbero: l'*istituto dei giurati*, la *prova per convincimento*, il *sistema penitenziario*, ecc., ecc.

Diciamo altresì *protetta;* perchè l'esercizio del diritto punitivo è sempre un *attacco alla libertà del cittadino;* e questi ed i suoi aderenti sarebbero necessariamente volti alla *reazione* se non avessero in animo l'intima convinzione del meritato castigo. Da ciò procede il fatto: che

un giudice, quando giustamente abbia condannato taluno della società, strappandolo violentemente dalla società stessa, non che temere, gode dell'applauso del popolo.

16. *Di detrarre all'autore del reato ed ai complici:* qui si indica il *soggetto* su cui cade il potere di punire.

17. *Mediante competente giudizio:* si indica il *mezzo*. La competenza poi si riferisce alla *persona* ed alla *forma* del giudizio: lo che è oggetto della procedura, la quale perciò segue il diritto penale, come accessorio segue il principale.

18. *Per cui si effettua*. Con ciò si indica il *fine* e si determinano i *limiti* del diritto penale, cioè: *Tale e tanta detrazione di libertà, quale e quanta ne esige la reintegrazione dell'ordine giuridico*. Ad intendere questa formola è necessario brevemente spiegare le seguenti proposizioni: 1.° *La pena è retribuzione;* 2.° *retribuzione oggettiva;* 3.° *limitata alla detrazione di libertà;* 4.° *in modo qualitativo e quantitativo;* 5.° *allo scopo di reintegrare l'ordine giuridico.*

La dimostrazione di queste proposizioni verrà data avanti nel *Trattato della pena* (definizione).

19. Dalla data nozione è facile derivare la risposta a quelle domande, che naturalmente si presentano al vestibolo della nostra scienza.

Che è questa?

Il *diritto in azione o una facoltà.*

Se è una facoltà, a chi spetta?

Alla società civile.

E come esercitare questa facoltà?

Mediante competenti giudizii.

Con quale indirizzo e garanzia?

Mercè la legge morale.

E in che si risolverà questa *facoltà?*

Nella detrazione di libertà, ed in modo qualitativo e quantitativo.

A quale scopo?

Per la reintegrazione dell'ordine giuridico.

Senza la pretesa di una perfetta definizione, osiamo sperare di avere ossequentemente seguito il primo precetto a tale scopo « et sic definias ut nihil absit, nihil vero supersit » (Cic.).

CAPITOLO QUARTO.

DISTINZIONI.

—

ARGOMENTO.

20. Diritto *razionale* e *positivo*. — 21. L'*idealità* fa pur capo all'esperienza o al fatto. — 22. I novatori sono i meno positivisti. — 23. La giurisprudenza appartiene propriamente al diritto positivo. — 24. Necessità dei due elementi *ragione* e *fatto*, per costituire la scienza. — 25. Diritto *universale* e *particolare*. — 26. Diritto *comune* e diritto *speciale*. — 27. Diritto *statuente* e *diritto formale*. — 28. Altre distinzioni, che ponno dar luogo ad equivoco.

20. Come tutte le scienze, così il diritto penale consta di due elementi: la *ragione* e il *fatto;* ed a misura del maggior contributo dell'uno di questi abbiamo la distinzione di *diritto penale positivo* e *diritto penale razionale.*

Logicamente la ragione precede il fatto. Come il legislatore avanti dare esistenza al *fatto* della legge deve essere informato all'ideale giuridico; così anche, chi applica ed interpreta la legge, deve saper risalire e quindi *men-*

talmente possedere quell' ideale, a cui attinse il legislatore.

21. Se però è lecito progredire di un gradino sulla scala, avvertiremo, secondo il giusto concetto della *scuola storica:* che l'ideale stesso, oracolo del legislatore, non è tanto l'*effetto della ragione individuale,* quanto la *manifestazione della ragione collettiva,* mercè l'*opera dei giureconsulti,* la *consuetudine, costumanze, voti* e *richiami* del popolo: è dunque un ideale, che *ritrae pure dal fatto* la sua estrinsecazione.

Tuttavolta non facciamo questione di priorità, almeno relativamente al *tempo,* ritenendo parimenti necessarii questi *due momenti* a costituire il diritto penale, e seguendo la distinzione di *razionale* e *positivo,* solo rapporto alla quantità del momento stesso nel diritto penale.

22. I novatori, quali *positivisti,* non ammettono questa distinzione che *storicamente,* in fatto poi, siccome ricorrono a fenomeni fisiologici discordanti dalle vigenti leggi, così appajono dagli scritti e dalla cattedra i meno *positivi*, secondo il concetto attribuito a questa parola dai giureconsulti e dalla scuola.

23. Al diritto penale positivo appartiene la *giurisprudenza*, o = il complesso delle *norme sancite dal magistrato, per l'applicazione della pena in un determinato popolo* =.

24 Scientificamente dunque si dà la distinzione fra il *diritto positivo* e *razionale*, non *separazione;* e lo studioso deve, per quanto è possibile, far progredire di concerto il fatto colla ragione; imperocchè, se al fatto si attiene, di qualunque ordine esso sia, coarta tirannicamente il pensiero al contingente o alla realtà, talvolta fallace, nonostante la sua evidenza sensibile; se si attiene solo alla ragione, smarrisce l'intento pratico della scienza

e sostituisce alla *coscienza pubblica* la *individuale convinzione.*

È necessario il connubio di questi due elementi; ed una trattazione completa del diritto punitivo, deve in sè contenere, tanto la parte *filosofica,* che la *sperimentale* e *storica.*

25. Secondo l'estensione si distingue in diritto *penale universale* e *particolare.*

Benchè il diritto penale sia necessariamente *territoriale;* pure si può benissimo fare astrazione dei singoli Stati, in cui questo è vigente; e considerare i *principii comuni a tutti i popoli civili.*

Questo diritto penale universale è la giusta aspirazione anche dei cultori di diritto internazionale; e sopra questo verrebbe a determinarsi il diritto di *estradizione,* il quale ora è retto da disposizioni contraddittorie nei pubblici trattati.

26. Il *diritto particolare* poi di un popolo si dice *comune* se applicato in genere a tutti gli abitanti dello Stato; *speciale,* se applicato ad una *regione singolare,* come sarebbe da noi la Toscana, od a classi distinte, come avverrebbe per il *diritto penale militare, marittimo, internazionale.*

In confronto poi alle norme comuni, assumono il carattere di *diritto speciale* alcune disposizioni *estravaganti* dal codice, quali sono quelle del *codice commerciale* relativamente alla *bancarotta;* ed alcuni *privilegi* per ragione politica deroganti al diritto comune a favore dei deputati, senatori, persone diplomatiche, ecc.

27. Dal suo *contenuto* poi il diritto penale deriva la distinzione di *diritto statuente, il quale determina la pena corrispondente al reato;* e di *diritto formale,* il *quale determina il rito per l'applicazione della pena (Procedura).*

28. Altre distinzioni si danno nella scuola, le quali però potrebbero dar luogo ad equivoco; e noi le accenniamo soltanto, perchè si proceda cauti nell'uso di queste. Così troviamo distinto il diritto penale in *naturale* e *sociale;* ma questa distinzione, impropriamente usata, risponde ad altra da noi surriferita di diritto razionale e positivo; in caso diverso riuscirebbe fallace, come apparirà più avanti, trattando delle distinzioni del reato.

Altrettanto si dica della distinzione di diritto *pubblico* e *privato.* È ben vero che per alcuni reati si esige la *querela della parte offesa;* ma ciò non toglie il carattere *pubblico* al reato stesso; ed il diritto esclusivo della società di procedere all'applicazione della pena (V. avanti *Dell'azione*).

CAPITOLO QUINTO.

SCIENZE AFFINI E SUSSIDIARIE.

ARGOMENTO.

29. Genealogia delle scienze. — 30. Principio assoluto. — 31. Distinzione dello scibile. — 32. Filosofia. — 33. Distinzione di questa. — 34. Necessità della filosofia avanti lo studio del diritto penale. — 35. Pregiudizio dei novatori. — 36. Vantaggi indiretti dell'opposizione. — 37. Rapporti colla filosofia del diritto. — 38. Rapporto col diritto positivo in genere. — 39. Scienze sussidiarie: Scienza di buon governo e medicina legale. — 40. Diritto internazionale. — 41. Statistica ed economia politica. — 42. Concorso di tutte le scienze ed arti. — 43. Necessità di larga coltura. — 44. Eccellenza di questo studio. — 45. Importanza specialmente per gl'italiani.

29. I. SCIENZE AFFINI. — Per conoscere il rapporto

di parentela, che corre tra noi, è necessario salire al *capostipite*, e discendere per *gradi* fino all'ultima persona, per la quale è fatta la ricerca; ebbene altrettanto è mestieri, che ciò avvenga per ben comprendere l'affinità o la parentela del diritto penale coll'universo scibile. In questo modo soltanto potremo stabilire il suo stallo conveniente nella enciclopedia *(Encyklopädiestellung)*.

30. Facciamo capo all'*Assoluto*, che distinto in tre ordini *Sapienza*, *Amore* e *Virtute* (Dante) irradia nell'uomo; e mercè l'*intelligenza* produce la *scienza*, mercè il *sentimento* produce le *arti*, mercè la *volontà* produce la *virtù* o il *bene*.

Questi tre ordini diversi sono *distinti*, ma non *separati*; di guisa che anche la scienza deve essere avvivata da *forma estetica*; e praticamente provvedere *al bene morale*.

31. La *scienza*, secondo il suo oggetto, è distinta in *matematica* (numero), *fisica* (il fatto), *filosofia* (ragione ultima delle cose).

32. La *filosofia*, secondo il suo oggetto si distingue in *ontologia*, che studia gli enti in genere; *cosmologia*, che studia l'universo; *antropologia*, che studia l'uomo.

33. L'uomo poi può essere considerato nelle sue varie facoltà: nella *mente*, origine del pensiero e disposizione di questo al ragionamento (*ideologia* e *logica*); nel suo *organismo sensitivo* e *psichico* (*psicologia empirica* e *razionale*); nella sua *volontà* (etica).

34. Eccoci all'ultimo grado genealogico della nostra scienza. L'etica è la *scienza degli atti umani di fronte alla legge*; orbene, anche il diritto penale considera una specialità dell'atto umano, di fronte pure ad altra legge speciale, la quale sancisce con forza coercitiva il mutuo rispetto per la pacifica consociazione.

Da qui è facile vedere quanto *intimo* sia il *rapporto*

del *diritto penale colle scienze filosofiche* in genere ed in particolare coll'*antropologia* (atti) e coll'*etica* (norme).

Chi non è filosofo non può progredire nella nostra scienza, perchè vacilla ad ogni piè sospinto.

35. I novatori hanno fatto getto d'ogni filosofia, considerandola non già come *patrimonio indistruttibile* del pensiero umano, ma come semplice *parvenza*, che segna uno stadio nel processo della mente, passando questa dal ciclo *teologico* al *filosofico* e da ultimo al *positivo*, in cui troverebbe la sua sede attualmente. Nel campo positivo poi seguendo l'impulso del giorno, postergata ogni tradizione scientifica, si fa capo all' ipotesi darwiniana.

Ma che avviene di costoro, che disprezzano la metafisica? Nulla di sodo sostituiscono; e lasciando insoluti i gravi problemi della nostra scienza, ci ritornano al *dogmatismo*; se pure, obbligati ad affrontare alcuni di questi problemi, non smarriscono la meta in vani sforzi di convertire le scienze sperimentali alla antica metafisica. È grave male!

36. Vi ha però un lato di buono; chè questi tentativi, dissipando alcune formole convenzionali accolte solo per l'autorità della tradizione, ci obbligano a maggior rispetto del fatto o dell'esperienza.

Date pure queste possibili modificazioni, siccome effetto dei recenti studii sperimentali, noi riteniamo però sempre: che le scienze filosofiche ed in ispecie l'etica hanno il più intimo rapporto colla nostra scienza; e che non si può essere penalisti, se prima non si è filosofi.

Si è detto da taluno che *siamo nell'assurdo*; ebbene io domando soltanto che si sospenda il giudizio sino alla fine di questo trattato; intanto l'assurdo del materialismo, che colla pretesa di progredire retrocede alla barbarie, noi l'abbiamo evidentemente dimostrato in altro lavoro (*Nih. e Rag.*).

27. Se il diritto penale è parte della filosofia, procede naturale la conseguenza che il suo germe si trovi nella *filosofia del diritto*, al cui tronco variamente aderiscono le diverse discipline giuridiche.

28. Procedendo in particolare al diritto *penale positivo*, non dubitiamo asserire: che tutte le *scienze giuridiche* si *presuppongono;* perchè non è possibile avere perfetto concetto del *diritto sanzionatorio*, se prima non si ha un' idea precisa del *diritto determinatorio;* non si può tener calcolo della *negazione* del diritto (reato) se non si conosce avanti *l'affermazione* (norma); e questa è data dal *diritto costituzionale*, dall'*amministrativo*, dal *diritto privato* sia comune (*civile*), sia speciale (diritto *commerciale*). La prova di ciò è manifesta dalla classificazione stessa dei reati; reati contro lo *Statuto*, contro l'*amministrazione pubblica*, contro la *giustizia*, contro il *commercio* e *fede pubblica*, contro le *persone* e la *proprietà*.

29. II. Scienze sussidiarie. — *Quelle, che più d' avvicino concorrono* a *prestar mano alla nostra scienza;* e sono: *a)* la *scienza del buon governo o di polizia*, la quale, avendo per iscopo di *rimovere tutti gli ostacoli, che si frappongono alla prosperità e sicurezza dei cittadini*, tende specialmente a *diminuire i reati* e quindi alla giustizia *preventiva* colla *repressiva* necessariamente alleata; *b)* la *medicina legale*, quasi ad esclusivo servigio del diritto penale, non solo per il tributo necessario alla retta cognizione di alcuni reati, ed alla regolare condotta dei giudizii; ma ancora per ciò che nel misterioso commercio dello spirito colla materia illustra la medicina l'atto umano, come *fenomeno fisiologico*, e presta occasione di applicare anche per la *cura dell' animo* quelle nozioni, che si vanno raccogliendo per la *salute del corpo*.

40. Il *diritto internazionale* poi estende un raggio de' suoi dominii anche nel diritto penale, dove si tratta di delinquenza o di rappresentanza straniera.

41. Anche altre *scienze sociali* prestono il loro ajuto al diritto punitivo e sopratutte la *statistica* e l'*economia politica*.

42. Del resto sovvengono al diritto penale nel suo *pratico svolgimento* anche le scienze e le arti le più lontane; ond'è che in un processo per misurar distanze, giudicar ferite, analizzare materie venefiche, saranno chiamativi *matematici, chirurghi, chimici,* come potrebbero anche essere chiamati *mestieranti* ed *operai* a prestar lume sulla loro arte di falegname, fabbro-ferrajo, macchinista, ecc.

Dice pertanto assai bene il professore HOLTZENDORFF (*Handbuch* 1, 13): « I concetti della colpa e della pena penetrano nel modo più diverso in tutti quanti i rapporti sociali. Essi si incarnano nella religione de' popoli, nella politica degli stati, nell'ordine domestico, nella morale e nella coltura. Nè la storia dello incivilimento, nè la speculazione metafisica può trascurarne lo studio. Per l'umana personalità, che soffre pena come subbietto di reato considerata in rapporto col modo fisico, i fenomeni del reato possono venire studiati colle stesse leggi, con cui si studia la natura esteriore. Niuna parte del diritto può venir considerata sotto tanti aspetti, quanto il diritto punitivo: teologia, filosofia, medicina, storia della civiltà, ecc., ecc. ».

43. Ciò dimostri quanto importi al penalista avere una larga coltura; imperocchè intervenendo pure il *perito* per speciali cognizioni tecniche, il *vario apprezzamento* della perizia stessa cade sotto il criterio del *giudice*, dell'*accusatore,* del *difensore*.

44. Da quanto abbiamo esposto finora è facile derivare l'eccellenza del nostro studio, quale *complemento di tutto il diritto: soluzione del più grave problema sociale; moderazione del potere sovrano* di fronte alla libertà cittadina; e *manifestazione concreta della civiltà di un popolo.*

45. Tutti perciò i cultori di leggi debbono essere gelosi custodi ed operosi promotori di questa scienza; ma in particolare gli italiani, presso i quali questo sacro deposito prese sua sede naturale col grande triumvirato di Beccaria, Romagnosi e Rossi.

Arrogi anche le singolari condizioni politiche del nostro Stato. Questo, di recente fondato sopra uno *Statuto*, abbisogna di studio indefesso per uniformare le leggi che attraversano la libertà cittadina (in particolare la *Procedura penale*) colle franchigie dallo Statuto stesso attribuite. Per ciò da 20 anni circa si attende alla riforma di leggi penali; e non è ancora definitivamente pubblicato un progetto di Codice penale (Zanardelli e Gianuzzi-Savelli ministri), retro il quale vi ha una biblioteca di studi, che altro progetto si matura anche alla revisione del Codice di procedura penale (Villa ministro).

All' operosità giovanile specialmente è raccomandata sì gloriosa impresa!

CAPITOLO SESTO.

STORIA DEL DIRITTO PENALE.

1.° Storie generali del diritto penale.

HENKE, *Grundriss einer Geschichte des peinl. Recht u. der peinl. Rechtswissenschaft* (Sommario di storia del diritto penale e della giurisprudenza penale). 2 vol. Sulzbach 1809. — DU-BOYS, *Histoire du droit criminel des peuples anciens.* 1845. — ID., *Hist. du dr. crim. des peuples modernes.* 4 tom. 1854-70. — GEIB, *Lehrbuch* (Manuale). Vol. 1.° — THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens.*

2.° Storie del diritto penale ebreo.

MICHAELIS, *Mosaisches Recht* (Diritto mosaico). 3 vol. 1785. — DUSCHAK, *Das mosaisch-talmüdische Strafrecht* (Il diritto penale mosaico-talmudico).— SAALSCHÜTZ, *Das mosaische Recht* (Il diritto mosaico). 1853.

3.° Storie del diritto penale greco.

FERRINI, *Quid conferat ad iuris criminalis historiam homericorum hesiodeorumque poematum studium.* Berolini 1881. — THONISSEN, *Le droit pénal de la république athénienne.* 1871. — SCHÖMANN, *Antiquitates iuris publici Græcorum.* Aggiungi le *Quæstiones* del PLATNER, ecc.

4.° Storie del diritto penale romano.

ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik.* 4 vol. 1865 sq. — ZACHARIÆ, *Lucius Cornelius Sulla.* 1834. — PLATNER, *Quæstiones de iure crim. romano.* 1842. — RIVIÈRE, *Esquisse historique de la législation criminelle chez les Romains.* Paris 1814. — REIN, *Das Criminalrecht der Römer* (Il diritto criminale dei Romani). 1845. — GEIB, *Der Römische Criminalprocess* (Il processo penale romano) 1842. — RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano). 1,73 sq. — HUSCHKE. *Die Multa und das Sacramentum* (La multa e il sacramento). — HÉLIE, *Le droit pénal dans la législation romaine.* 1882. — CARNAZZA-RAMETTA, *Il diritto penale romano.* 1883.

5.° Storie del diritto penale canonico.

Eck, *De natura pœnarum secundum ius canonicum*. 1860. — München, *Das canonische Gerichtsverfahren und Strafrecht* (Il processo e diritto penale canonico). 1866. — Wasserschleben, *Die Bussordnungen der abendländischen Kirche* (I canoni penitenziali della chiesa occidentale). 1851. — Riegger, *De pœnitentia et pœnis ecclesiasticis*. 1772. — Kober, *Der Kirchenbann nach den Grundsätzen des canon. Rechts* (La scomunica secondo i principii del diritto canonico). — Malitor, *Ueber kanonisches Gerichtsverf. gegen Kleriker* (Sulla procedura canonica contro i chierici). 1856. — Schilling, *Der Kirchenbann nach kanon. Recht* (La scomunica nel diritto canonico). 1859. — Fessler, *Der Kirchenbann und seine Folgen* (La scomunica e i suoi effetti). 2.ª ed. 1860.

Aggiungi i trattati di diritto ecclesiastico; p. e., Walter, Thomassin, Van Espen, Schmalzgrueber, ecc. Per la pratica: Diaz de Luca, *Practica criminalis canonica*. 1543. — Follerius, *Praxis canonica criminalis*. — Salsedo, *Praxis criminalis canonica*. 1593. — Importantissime le *Decisiones Rotæ*. Pel diritto ecclesiastico orientale consultisi la stupenda opera del card. Pitra, *Jus ecclesiasticum græcorum*. 2 vol.

6.° Storie del diritto penale germanico.

Köstlin, *Geschichte des deutschen Strafrechts* (Storia del diritto penale tedesco). — Wilda, *Das Strafrecht der Germanen* (Il diritto penale de' Germani). 1842. — Brandt, *Nordmaendenes gamle Strafferet* (Antico diritto penale de' Normanni). Kristiania 1876. — Woringen, *Beiträge zur Gesch. d. d. Strafr.* (Studii sulla storia del diritto penale). — Osenbrüggen, *Das Strafrecht der Longobarden* (Il diritto penale de' Longobardi). 1863. — Id., *Das allemanische Strafrecht im deutschen Mittelalter* (Il diritto penale allemanno nel medioevo tedesco). — John, *Das Strafrecht in Norddeutschland* (Il diritto penale nella Germania del Nord). 1858.

S'aggiungano le storie generali del diritto germanico e in ispecie la classica opera di Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer* (Antichità giuridiche tedesche). 1828, pag. 622-744. — Davoud-Oghlou, *Histoire de la législation des anciens Germains*. 1842. — Stobbe, *Gesch. der deutschen Rechtsquellen* (Storia delle fonti del diritto germanico). 1860-64. — Gfrörer, *Geschichte der deutschen Volksrechte im Mittelalter* (Storia dei diritti popolari tedeschi nel medioevo). 1866.

ARGOMENTO.

46. Due aspetti, secondo i quali si può considerare la storia del diritto penale. — 47. Indirizzo storico: principali scrittori che trattarono della storia del diritto penale. — 48. L'epoca preistorica e l'archeologia nel diritto penale italiano. — 49. Cenno del diritto penale greco relativo ad alcuni pregiudizi dei novatori. — 50. Diritto penale romano. — 51. La forma sacra. — 52. L'elemento politico: le XII tavole. — 53. Temperamento del principio politico sotto la repubblica. — 54. Il diritto penale sotto l'impero. — 55. Influenza del cristianesimo. — 56. Monumenti legislativi. — 57. Diritto germanico. — 58. Diritto canonico. — 59. Evoluzione storica relativa allo svolgimento della disciplina ecclesiastica. — 60. Triplice distinzione di delitto e di pena. — 61. Diritto statutario. — 62. Legislazione imperiale. — 63. Rinnovamento. — 64. Antichi scrittori italiani di diritto penale. — 65. Carattere scientifico. — 66. Beccaria. — 67. Dottrina precedente Beccaria. — 68. Scrittori e leggi contemporanee a Beccaria. — 69. Codice. — 70. Genesi del Codice austriaco 1803. — 71. Le leggi penali del primo regno italico. — 72. Leggi penali avanti la formazione del secondo regno. — 73. Legislazione attuale nei varii Stati italiani. — 74. Il Codice sardo del 1859. — 75. Le modificazioni per le provincie meridionali introdotte col decreto 17 febbraio nel 1861. — 76. Leggi annesse al Codice penale. — 77. Progetto di Codice penale fin dalla prima pubblicazione del Codice sardo. — 78. Progetto Miglietti, Pisanelli e De Falco. — 79. Proposta di una revisione per l'unificazione legislativa nel 1865. — 80. Effetto della proposta Mancini. — 81. Progetto definitivo del 1868. — 82. Demolizione di questo progetto. — 83. Progetto ministeriale del 1870. — 84. Secondo progetto De Falco e progetto Vigliani. — 85. Progetto Mancini. — 86. Progetto Villa per la revisione del Codice di procedura. — 87. Progetto Zanardelli. — 88. Conclusione.

46. La storia del diritto penale può considerarsi sotto *due aspetti:* 1.° la ricerca dei *principii, che dominarono il diritto punitivo* nelle varie epoche in ordine all'umano incivilimento; 2.° la ricerca dei fatti: leggi o monumenti scientifici.

La prima, quale storia intima, è naturalmente riservata al trattato intorno alla *genesi del diritto penale* (teorie); qui fermiamo lo studio intorno alla seconda parte: *la storia letteraria*, accennando in breve: 1.° alle fonti in genere e all'indirizzo storico; 2.° alle fonti in ispecie italiane: diritto Romano, diritto Germanico, diritto Canonico, diritto Statutario; 3.° alle costituzioni imperiali; 4.° al rinnovamento scientifico; 5.° all'origine dei nostri codici; 6.° alle attuali condizioni del Regno d'Italia ed 7.° ai Progetti di Codice.

§ 1. — *Indirizzo storico.*

47. Non c'è possibile dare qui la storia *completa* del diritto penale; epperò notiamo soltanto gli autori che ponno in questo studio agli scolari servire di sicuro indirizzo.

1.° PERTILE, *Storia del diritto penale* (vol. 5); *della Storia del diritto italiano*. 1877.

2.° PESSINA, *Del progresso del diritto penale in Italia nel secolo XIX*. 1868.

3.° CANTÙ CESARE, *Ccsare Beccaria e il diritto penale*. 1862.

4.° THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples ancièns*. 1869. — IDEM, *Le droit criminel de la république Athénienne*. 1871.

5.° DUBOYS, *Histoire du droit criminel des peuples anciens*. 1845. — IDEM, *Histoire du droit criminel des peuples modernes consideré dans les rapports avec les progrès de la civilisation*. 1860.

6.° LOISSELEUR, *Les crimes et les peines dans l'antiquité et dans les temps modernes*. Paris 1863.

7.° WORINGEN, *Beiträge zur Geschichte des deutschen Strafrechts.* 1836.

8.° HENKE, *Grundriss einer Geschichte des pönlichen Rechts.* 1809.

9.° BÖHMER, *Handbuch der Litteratur des Criminalrechts.* 1816.

10.° KAPPLER, *Handbuch der Litteratur des Criminalrechts.* 1836.

11.° TITTMANN, *Geschichte des deutschen Strafrechts.* 1838.

12.° KÖSTLIN, Idem. 1859.

Sopratutto poi pregevolissimo in proposito ci sembra l' indirizzo dato da HOLTZENDORFF nel suo manuale di diritto penale tedesco (*Handbuch des deutschen Strafrechts*) 1871 vol. I. pag. XVII-238 sotto il titolo *Fonti e storia del diritto penale.*

§ 2. — *Fonti del diritto storico italiano.*

48. La legge penale rappresenta un corpo organizzato: orbene questa organizzazione presuppone lungo corso di secoli; e tale appunto è la ricerca, che noi facciamo rispetto al diritto penale italiano.

Lasciamo ai *zoologi* le ricerche preistoriche intorno agli *istinti animali,* che ponno avere qualche analogia col diritto attuale di punire; agli *archeologi* le indagini sulle *prime origini del giure* nei popoli italici; ai *teologi* l'interpretazione *delle leggi mosaiche* e di quanto si riferisce ai libri sacri; noi partiamo dal primo completo documento storico il *diritto romano;* e seguendo le vicende politiche, che travolsero il nostro paese, avvertiamo ad altri elementi, che vi si intromisero, il *diritto germanico,* il *diritto canonico* e il *diritto statutario,* fino alla *formazione*

dei primi codici, i quali aprirono la via all'attuale diritto comune.

49. Avanti però tracciare queste fonti storiche del diritto italiano, crediamo bene, per rispondere ai nostri avversarii, che coll'autorità greca confermano il *fato inesorabile* del reato, dare qualche schiarimento sopra i poemi omerici.

Questi appartengono a quella fase che noi dicemmo intermedia fra la primaria e la secondaria nella storia del diritto penale; quando impera ancora l'*idea teocratica* e si introduce quella dell'inviolabile maestà dello Stato.

Sono in questo stadio suscettibili di pena solo quei reati, che offendono direttamente lo Stato, *tradimento, diserzione, rivolta,* ecc.; gli altri delitti sono ancora lasciati alla vendetta della divinità (*Nemesi*) e solo l'offeso può pretendere un risarcimento dei danni.

Nè s'intendeva riparare al solo danno economico; ma in generale al dolore arrecato, idea che troviamo nello *Schmerzensgeld* dell'odierno diritto tedesco e che può essere feconda nel diritto civile di nuove e opportune applicazioni.

Così alla vendetta privata per l'omicidio, che costituiva un dovere per la famiglia dell'ucciso e cui a que' tempi iniziali lo Stato non poteva direttamente impedire, si sostituiva a poco a poco la composizione (τιμή) in denaro; l'omicida però era oggetto dell'ira de' Numi; egli doveva fuggire ramingo, esule dalla patria e dall'altare, oggetto di abbominazione e di terrore. Tale era il concetto del *fato inesorabile*, il pensiero dell'occulta ed immanchevole vendetta (ὄπις) di Giove.

Il rispetto dovuto alla dignità umana, al vincolo che stringe fra loro gli uomini, all'ordine sociale fu sempre sacro: sempre fu ammesso il dovere di mantenere la pace

fra i consociati e si avvertì alla necessità di una sanzione. — Ne' tempi dell'anarchia e della prepotenza non vi ha altro che confidare nella giustizia de' Numi: più tardi sorto lo Stato, assume questa repressione del reato come propria funzione, dapprima quale diretta rappresentanza della divinità, da ultimo quale istituto etico organato a giustizia.

E nemmeno è lecito inferire da' poemi omerici la credenza alla *necessità del reato:* quando anzi tutto presuppone in essi la pienezza del libero arbitrio umano (cf. anche Theog. 231). Si ammetteva pure un accecamento dell'animo dei delinquente (ἄτη); ma questa è una pena terribile che segue i massimi reati, i quali hanno provocato l'*abbandono della divinità.* Questa dottrina non è *strana;* ma rappresenta quel fenomeno psicologico, per cui l'abitudine al mal fare diventa una seconda natura e dopo un gravissimo delitto l'anima resta così sconvolta da smarrire quasi la coscienza e la libertà d'azione.

50 *a). Diritto romano.* Presso Roma il diritto di punire originariamente era distinto *secondo le persone che lo esercitavano:* se l'offeso, *vendetta privata;* se il padre, *giudizio domestico;* se la società, *diritto pubblico;* se il potere sacerdotale, *giudizio pontificio.*

51. La forma sacra *(ius divinum)* fu pure l'originaria in Roma colla differenza però dell'oriente, che il principio religioso era dipendente dal potere laicale: la teocrazia non già predominante, bensì subordinata all'interesse sociale: *salus publica suprema lex esto.*

Le vestigia di questo sistema teocratico le abbiamo pure nelle parole *supplicium, castigatio, sacratio capitis,* non che nel diritto *di asilo* e nel diritto *di grazia* concesso dalle vestali e pontefici.

52. L'*elemento politico* predomina colla *provocatio*

ad populum, e così i due fattori del primo incivilimento, *religione* e *ragion di stato*, si trovano contemperati e fusi nel *concetto giuridico* romano, sancito *dalle XII tavole*. Di queste la pena è barbara, imponendo ancora in alcuni casi il *talione*: si *membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*: il *ni*, ecc., tempera la durezza della pena, rimettendo la causa al privato con una specie di *composizione*, quale troviamo nel diritto germanico.

Tuttavia nella stessa durezza delle dodici tavole possiamo riscontrare il principio di un periodo più mite ed umano. Lo stesso *talione* è un beneficio in comparazione della *vendetta* lasciata in pieno arbitrio dell'offeso, come pare fosse in Grecia ai tempi omerici (Ferrini, *Quid conferat cet.* p. 16 sq.). La *sacratio* ci rappresenta la fase di transizione fra la pena di morte e la posteriore *interdictio acquæ et ignis*.

52. Già sotto i re solevasi concedere *la prouocatio ad populum*; ma nel principio della repubblica le famose leggi *valerie* elevarono a necessità giuridica l'antico costume. Un passo ancora più decisivo fu quello delle dodici tavole, che destinarono i giudizii capitali ai comizii centuriati.

Nel secolo VII troviamo un'altra riforma radicale: l'istituto delle *questiones* prima straordinario, viene usato quale mezzo ordinario contro alcuni reati, e anzitutto contro le concussioni per la *lex Calpurnia* (la *sæua lex Calpurnii* di Lucilio Satur. 20, 7, p. 76). Tale « *quæstio* » aveva però in origine piuttosto la natura di giudizio civile.

Alla legge *Calpurnia* seguirono molte altre, ciascuna determinante un reato, la sua pena e la relativa procedura. Questi tribunali si chiamavano *iudicia publica seu populi* o anche *quæstiones publicæ*.

Non pare esatto il nome di « *quæstiones perpetuæ* »,

nome che occorre una sol volta in Cicerone, *Brutus* 27, 106, dove Hænel (*Ad. Cic. Brut.* 27, 106, p. 4) con molta probabilità conghiettura doversi leggere « *quæstiones publicæ* ».

In quest'ordine di legislazione si distinsero specialmente Sulla e i due Giulii. — La legislazione penale sullana (*leges corneliæ*) rimase, come ben nota lo Zumpt, il fondamento del diritto penale anche sotto l'impero.

Intanto durava la competenza dei *comizii centuriati*, specialmente pel reato di *perduellione*, come è ripetuto spesso nelle *Verrine*, la *competenza dei singoli magistrati* pei delitti privati e per le contravvenzioni di polizia e finalmente (tuttochè entrambe assai ristrette) la *giurisdizione jeratica e domestica*, pei delitti contro il diritto sacro e la famiglia.

Il Senato pare che fino allora non avesse una competenza propria, era chiamato a decidere talvolta come « *consilium* » del Console, secondo la teorica costituzione dello stato romano.

54. Le cose si mutano *sotto l' impero*. Le *questioni pubbliche* vanno scomparendo e alla loro giurisdizione succede quella de' nuovi *magistrati imperiali*, i quali rappresentano il principio d'ordine in quella società guasta e spostata.

L' *extraordinaria cognitio* si fa consueta e risiede potenzialmente nell' Imperatore in forza del potere *proconsolare*, di cui questi era per legge rivestito; dall'Imperatore si dimana per delegazione agli altri magistrati (specialmente ai « *præfecti* »).

Il *Senato*, malgrado la sua opposizione agl'Imperatori, favorito da questi, che in massima seguirono una politica conciliativa, acquistava anche una propria giurisdizione penale, come ci si rivela a tacer d'altro nelle *Epistulæ* di Plinio.

Il diritto penale progredisce anche sotto l'impero; benchè i suoi progressi non debbano paragonarsi a quelli del diritto civile. I reati vengono meglio determinati e configurati; si tien calcolo anche delle loro circostanze; s'intravede (almeno pei *crimina extraordinaria*) la *teorica* (V. avanti *Del tentativo*) del *tentativo;* si dà maggior rilievo all'elemento morale del reato stesso; si afferra vie meglio il principio « importare alla pubblica cosa che niun delinquente vada impunito »; e quindi si erigono a delitti *pubblici* o *straordinarii* tanti, che prima non erano perseguibili che per *azione privata;* si introduce l'*accusa* d'*ufficio* e, in sostanza, il *sistema inquisitorio,* almeno per molti reati; e (se bene o male non è questione, che *sulle generali* si possa risolvere), si estende la categoria dei reati a comprendere atti malvagi prima non puniti.

Giovò certo togliere i giudizii ai comizî, ove le ire di parte avevano libero campo e l'invigilare più severamente sulla corruzione dei magistrati; ma nocque l'influenza perniciosa della tirannide, che si manifestò specialmente ne' *reati di maestà,* in cui si comprendevano sotto i peggiori principi atti molteplici, di alcuni dei quali sarebbe molto disputabile la pravità.

Le pene incrudelirono e giunsero al massimo disprezzo della personalità umana, *nella damnatio ad bestias,* quando il delinquente veniva gettato pasto alle fiere. La pena che, secondo la dottrina dei giureconsulti avrebbe dovuto essere mezzo di miglioramento *ut emendes* ed esempio salutare *ceteri meliores fiant,* veniva usata a corruzione qual mezzo di pervertimento negli infami spettacoli circensi. Va dunque distinto quanto i giureconsulti, per lo più uomini di specchiata integrità di principii e di costumi, riconoscevano e cercavano introdurre, e quanto manteneva un'abbietta tirannide, che calcolava sul delitto e sulla immoralità.

55. Col cristianesimo abbiamo un sensibile miglioramento, che ci si manifesta nelle *Costituzioni* dei primi imperatori cristiani, p. c. *Cod.* 11, 44 (43), 1 — 9, 7, 1 — 9, 47, 16 — ib. l. 23 ut. Ma andrebbe lungi dal vero chi stimasse che il cristianesimo avesse potuto vincere quelle radicate consuetudini e molto più parlare il suo verbo di pace a principi ambiziosi, crudeli e mal consigliati.

Per una funesta combinazione di cose parve agli Imperatori debito proprio sostenere col ferro e col sangue i diritti della fede e della chiesa. Di qui una nuova legislazione penale contro gli *apostati*, gli *eretici*, i *bestemmiatori* e via discorrendo, in cui non mancava talora la pena di morte. Questa legislazione tocca, a mio avviso, il culmine suo nella *novella* di *Leone*, che condanna alle più gravi pene quegl'infelici, che avessero osato cibarsi del sangue degli animali, ancorchè cotto e confezionato. Così il salutare precetto mosaico, che aveva per iscopo di incutere orrore per il sangue e rispetto alla vita e alla personalità umana, veniva per il capriccio di questo principe teologizzante a raggiungere l'effetto contrario.

56. *Monumenti legislativi* di questo diritto si hanno nei *frammenti delle XII tavole*, nelle *Istituzioni* di Gajo. nelle *Sentenze* di *Paolo*, nella così detta *Lex Dei*, ecc., e nelle *opere classiche* dei filosofi, storici, oratori e retori. Aggiungi il *Codex Theodosianus*, spec. l, IX.

Nella *legislazione Giustinianea* sono a noi fonte di diritto:

Le *Istituzioni*, lib. IV, tit. 1-5, e tit. 18.

Le *Pandette*, lib. XLVII e XLVIII, detti libri terribiles, lib. IX, tit. 2.

Codice, lib. IX.

Molte *Novelle*, fra le quali giovi citare le seguenti: 12, 14, 50, 77, 117, 134, 142, 143, 150, 153.

57 *b). Diritto germanico.* — Per diritto germanico intendiamo il deposito di leggi lasciato dai barbari in Italia colle loro invasioni; e di queste abbiamo le prime traccie negli scritti di TACITO *De moribus germanorum.*

In queste leggi appare dapprima imperante il *principio teocratico;* quindi in opposizione al sistema unitario romano spicca l'*individualismo;* donde negli offesi il *diritto alla vendetta*, il *veregildum*, che ristabilisce la pace ed il *singulare certamen* o *duello.*

Tutore poi della pace è lo Stato, a cui per ciò si paga il *fredum,* come garanzia dell'accordo ristabilito fra l'offeso e l'offensore.

Il cristianesimo penetrando in queste barbare istituzioni, giova pure a rendere più umano il diritto; ma non riuscì a sradicare le antiche superstizioni, come i *giudizi di Dio* e le *ordalie* o prova dell'acqua bollente, del fuoco, della croce, ecc.

58. *c) Diritto Canonico.* — La Chiesa, usufruttando largamente del diritto romano, fu indipendente dal diritto germanico: aprì l'asilo, combattè i giudizi di Dio, impose con giuramento la tregua, temperò la vendetta privata, stabilì un sistema regolare probatorio, riconobbe la sede del reato nella volontà del delinquente, ed alla pena attribuì quel concetto di penitenza, che segna l'origine dell'attuale sistema punitivo. Per tale rapporto « il diritto Canonico rappresentò l'*idea cristiana....* fu il diritto universale europeo, elemento essenziale nello svolgimento della civiltà umana » (BERNER, *Handbuch*).

Abbiamo a lamentare la persecuzione degli eretici col ferro e col fuoco, che trae però origine dalle leggi imperiali; la confusione del peccato col delitto e l'*inquisizione,* la quale del resto, ne' suoi estremi terrori si rappresenta come *istituto politico,* condannato dalla Chiesa

stessa: era il *crimen læsæ maiestatis* del dispotismo imperiale elevato sacrilegamente a *crimen læsæ maiestatis divinæ.*

59. Il processo del diritto canonico penale è relativo allo svolgimento delle ecclesiastiche istituzioni.

Dai primi concilii, dagli antichi libri penitenziari (*Canones apostolorum*) e dai padri della Chiesa si rivela un' azione distinta e benefica, ma non *imperante* sul diritto penale dello Stato: la colpa è una deviazione, la pena è un richiamo a Dio. (V. BUCCELLATI: *Abolizione della pena di morte,* Parte II).

Quando gli imperatori attribuirono il carattere di delitti ad atti meramente religiosi, allora il potere chiesastico *assunse il giudizio* di questo (foro ecclesiastico) lasciando però l'*esecuzione* della pena estrema al braccio secolare: *Ecclesia abhorret a sanguine.*

Allargando la Chiesa il suo dominio sullo stato, ed assumendo essa stessa una configurazione politica, il diritto penale canonico presenta un carattere civile, specialmente per il privilegio del foro.

60. Di tal guisa si introdussero nel diritto canonico *tre specie* di delitti, come tre specie di pene.

1.° *Delicta ecclesiastica* o misfatti contro la fede: *apostasia, eresia, scisma, simonia*, ecc. In questi casi il braccio secolare, in omaggio alla Chiesa, si prestava ogni qualvolta era richiesto all'esecuzione della sentenza.

2.° *Delicta mere sæcularia,* che interessavano soltanto la società civile; ma, essendo commessi dai chierici o contro i chierici, per il *privilegio del foro,* erano giudicati dal tribunale ecclesiatico.

3.° *Delicta mixta,* quelli cioè, che offendevano tanto l'ordine divino, che umano: *reati contro la famiglia* e la *moralità,* lo *spergiuro, la magia,* l'*usura,* ecc. Di queste

la giurisdizione ordinaria era laica; coll'intervento però di persona ecclesiastica, come consulente.

Anche le pene canonicamente erano e sono tuttora soggette a una triplice distinzione, 1.° *pœnitentiæ,* il cui valore è relativo alla coscienza del colpevole, trattandosi di assoluzione sospesa; 2.° *pœnæ medicinales* o censure, le quali pure si riferiscono *direttamente alla coscienza,* ma con esteriore manifestazione, come sarebbero, *a*) la *scomunica maggiore,* o bando dalla Chiesa; *b*) la *minore,* esclusione dai Sacramenti; *c*) l'*interdetto* o impedimento all'esercizio dei divini uffici; *d*) la *sospensione ab ufficio, ab ordine* ed a *beneficio;* 3.° *pœnæ vendicativæ,* che sono le stesse applicate dall'autorità civile, con un effetto canonico, l'*irregolarità* od *incapacità* ad assumere un beneficio od ufficio ecclesiastico.

Servirono e servono tuttura di *casa correzionale* per i chierici il vescovado ed i monasteri.

Ci siamo diffusi nel diritto canonico, avendo esso ancora vigore, per quanto lo permettano le civili istituzioni di uno Stato (*Legge delle guarentigie*).

61. *d*) *Diritto Statutario.* Con questa miscela di leggi romano-germaniche e canoniche variamente reggevasi l'Italia; finchè dalla lotta specialmente dell'impero colla Chiesa, sorse il *comune* e con questo, una miriade di *Statuti,* i quali *tirannicamente* reggono le pericolanti repubbliche e signorie di quell'epoca di ferro.

Fra gli Statuti sono degni di speciale menzione quelli di *Firenze,* di *Milano,* di *Venezia,* di *Padova,* di *Verona,* di *Lucca,* di *Parma,* di *Modena,* di *Ferrara,* di *Bologna,* di *Sassari,* di *Valtellina,* di *Cecina,* di *Chieri,* di *Pistoja,* di *Ivrea,* di *Aviano,* di *Corsica,* ecc., ecc.

« Questo studio segna l'epoca intermedia fra le leggi germaniche e il risorgimento del diritto romano e doveva

da ultimo produrre i codici attuali » (PERTILE, *Diritto penale del secolo XIII, Atti Istituto veneto, giugno 1883*).

È caratteristica di queste leggi la miscela di ogni azione, in modo che ai reati propriamente detti, come *rapina, incendio, assassinio,* si confonda il peccato *bestemmia, apostasia, eresia* e la trasgressione di regolamenti di arti e mestieri riferibili ad orefici, macellaj, fornaj, ecc.

È pure caratteristica in queste leggi la considerazione del reato quale perturbazione dell'ordine pubblico; per cui la maggior parte delle pene si risolvevano in *multe,* o guidrigildo pagato allo Stato, seguendosi in ciò le costumanze germaniche, sancite presso noi da *Rotari* e *Liutprando.*

Era pure frequente nelle Repubbliche Italiane la *confisca,* specialmente per *reati politici,* ed anche la demolizione delle case e devastazione dei poderi a perpetua infamia del reo e salutare avvertimento al popolo.

Nè si tollerava, che il reo fosse di peso allo Stato; quindi pene pecuniarie non solo, ma anche profusione di *pene afflittive, dirette; bastonatura, mutilazione, tratti di corda,* e *pena di morte* con *esacerbazione, strozzatura, decapitazione, squartamento, rogo, ruota,* e quanto mai la più brutale ferocia sapeva suggerire; alla prigione poi si sostituiva la *galera,* in modo che i delinquenti fossero oggetto di prezzo colle città marine, come avveniva di Milano con Venezia.

Queste gravissime pene non solo erano applicate a' reati lievi e talvolta indifferenti; ma erano anche lasciate all'*arbitrio* del giudice; ed applicate ad innocenti per la supposta solidarietà del comune e della famiglia nella delinquenza.

Le poche carceri poi erano orribili per l'angustia delle celle, il tenebrore, il digiuno e privazioni di ogni sorta;

ed il carcerato, se non voleva morire di inedia, doveva pagare con usura lo scotto.

A tanta miseria, sovveniva il principio Cristiano mercè i frequenti sodalizii, che si prendevano cura dei condannati con speciali privilegi.

Altra caratteristica delle leggi medioevali, si era la varietà dei giudizii e delle pene, secondo le varie classi di persone; e la facilità di commutazioni, di *indulti* e di *grazie* a placito del sovrano non solo, ma di autorità minori, di corporazione, e di persone ecclesiastiche.

§ 3. — *Legislazione imperiale.*

62. Il principio unitario dell'impero contrapponendosi ai comuni, procurava dare un *unico* indirizzo giuridico all'Italia, e ciò a rassodare i suoi dominii tentava Federico Barbarossa con due *costituzioni, l'una del 1155 a Pavia,* l'altra *del 1158 alla Dieta Roncisvalle.*

Alcuni comuni accolsero queste costituzioni, in quanto però convenivano coi loro Statuti; per cui pressochè nullo fu l'effetto specialmente nell'Italia superiore.

Maggior fortuna sortivano nell'Italia meridionale le *constitutiones regni siculi,* le quali col diritto Giustinianeo e Canonico, venivano a stabilire *il diritto comune* di allora.

In gran parte d'Europa, e quindi anche in Italia, vi esercitò massima influenza la *constitutio criminalis Carolina* (1532), derivata dalla *constitutio Bambergensis,* la quale fondendo insieme l'individualismo germanico coll'unitarismo romano, provvedeva per eccellenza alle tradizioni di allora, secondo la dottrina delle scuole e dei giudizii.

Certo miserando è ancora nella Carolina la condizione

del giure penale; perocchè se all'accusa privata era surrogata quella di ufficio, questa poi era intollerante di controllo, tolta ogni pubblicità, ammessa solo la prova legale, estorta la confessione colla tortura, disuguaglianza di penalità, prodigalità di supplizii; ciò non pertanto, coi giudici permanenti, la istituzione scritta, e le norme di accusa, si apriva la prima fase dell'attuale processo.

Vanno pure ricordate l'*ordinanze* di Francesco I, 1539; di Filippo II, 1570; di Luigi XIV, 1670: monumenti di tirannia!

(V. Köstlin, op. cit., pag. 200 e segg. — Holtzendorff, op. cit., vol. I, pag. 69 e segg. — Waechter, *Ad historiam constitutionis criminalis Carolinæ symbolarum*. 1835. — Tolomei, *Riv. Pen.*, vol. XI, pag. 6 e segg.).

§ 4. — *Rinnovamento.*

63. La *scoperta delle leggi romane* ed il *risveglio degli studii giuridici*, non che l'*influenza benefica della Chiesa*, scossero la tenebrosa barbarie dell'medio-evo ed obbligarono a studii speciali del diritto punitivo sulle traccie del diritto comune.

64. Il primo scrittore *sistematico* (non tenendo calcolo dei romanisti Irnerio, Accursio e più tardi Bartolo, Baldo il nostro Alciato e Cujacio) è Rolandino de Romanci, morto nel 1234, il cui *parvus libellus de ordine maleficiorum* andò smarrito, cedendo il posto al *libellus de maleficiis* (1299) di Alberto Gandino (da Cremona, morto il 1300); libro, che si meritò grande autorità in Italia, specialmente a Milano, dove trovò un commentatore in Bernardo-Landriani, ed a Venezia, dove fu per due volte pubblicato (1559, 1598).

Seguono la *pratica criminalis* di Jacopo di Belvisio

nato a Bologna, morto il 1335, il *tractatus super maleficiis* de' Bonifacio de' Vitalinis di Mantova, celebre canonista e professore a Padova, morto il 1388; ed altro *libellus de maleficis* di Angelo Aretino, morto il 1451.

Coll' invenzione della stampa, aumenta la biblioteca penale; ed i libri, che si meritarono maggior fama, furono: la *pratica criminalis* de' Ippolito dei Marsili di Bologna, morto il 1529; *tractatus varii* del milanese Egidio Bossi morto il 1546; *tractatus criminalis* (certo il più adatto per le scuole) del professore padovano Tiberio de Ciano, morto il 1582; e sopratutto sul principio del 600, le opere di Giulio Claro (*liber sextus sententiarum*) e di Prospero Farinaccio (*praxis et theorica*), acquistarono grande autorità e servirono di fonte alle trattazioni più sistematiche del professore olandese Antonio Matteo; dei tedeschi Carpzov e Böhmer, i quali si meritarono speciale considerazione fino all'apparire dell'opera *elementa iuris criminalis* di Filippo Maria Renazzi (1772) e di altra del nostro Cremani *de iure criminali libri duo*, i quali due scrittori, respirando le nuove aure di vita, aprirono l'orizzonte alla scienza moderna, con animo però alquanto incerto; in modo da stabilire lo stadio intermedio fra il diritto dogmatico e razionale, che si rivelava col loro contemporaneo Cesare Beccaria.

65. L'elemento *razionale* o *scientifico* vi penetra colla grave questione la cui importanza si farà più avanti manifesta — *ha dessa la società il diritto di punire?* (Beccaria, *Dei delitti e delle pene : a chi legge*).

66. Beccaria fu il primo, che affrontò questo problema; e per tale rispetto gli italiani non solo, ma illustri stranieri (Nypels, Holtzendorff, Hélie) l'onorarono come fondatore della nostra scienza.

67. Certo il problema proposto (*Dei delitti e delle pene,*

§ 2) si connette ad altre indagini filosofiche; epperò si trova, per così dire, latente fin dai primi scritti di PLATONE ed ARISTOTILE; tenta rivelarsi coi filosofi umanisti GROZIO, HOBBES, PUFFENDORF, TOMASIO, LEIBNIZ, WOLFF, e con maggior luce si spiega negli umanissimi scritti di MONTESQUIEU e degli ENCICLOPEDISTI. (V. avanti *Delle teorie*).

BECCARIA deve a questi il suo patrimonio; lo che è di tutti gli inventori, dietro i quali è a trovarsi sempre il lento lavorío di molte generazioni.

68. Con BECCARIA la ragione è sostituita alla legge, o dirò meglio, è dato alla legge il fondamento di ragione; e nuova luce appare colle opere di MARIO PAGANO (sono a considerarsi specialmente i *Principii del Codice penale,* opera postuma, stampata a Firenze nel 1821, e a Capolago 1837), di FILANGERI, *scienza della legislazione* 1780-1788, e sopratutto di ROMAGNOSI (*La Genesi*, 1791); e colle leggi di CARLO III per il regno di Napoli, di GIUSEPPE II per la Lombardia, ed in particolare di PIETRO LEOPOLDO per la Toscana, di cui è monumento immortale *la Costituzione 30 novembre 1786.*

§ 5. — *Codici.*

69. La Germania fu la prima, che tentò una collezione sistematica, dopo la legge Carolina, la quale durò come legge comune fino al secolo XVIII.

Il primo *Codice* è di *Baviera*, *Codex juris Bavaris criminalis 1751*, quindi dell'Austria, sotto il titolo *Constitutio criminalis Theresiana* del 1768 ed il *Codice di Federico il Grande* del 1794 parte dell'*Allgemeines Landrecht*, che si ispirava a nuovi principii, come già con più magnanimo intento aveva fatto l'Italia con LEOPOLDO e aveva tentato di fare la Russia con CATERINA II.

70. Provvida e radicale appariva la riforma del Codice di *Giuseppe II,* il quale diede occasione a studii di Beccaria e di Risi, dissepolti e pubblicati da Cantù come *appendice* alla sua opera *Beccaria e il diritto penale.*

Il lavoro di Giuseppe II servì di base al *Codice austriaco del 1803,* che colla dominazione austriaca si introdusse fino al 1851 nella Lombardia e Venezia.

71. Avanti questa epoca colla signoria francese dominavano in Italia il *Codice penale del 1810,* e il *Code d'Instruction criminelle,* con modificazioni introdotte da una giunta di criminalisti italiani, fra i quali giova ricordare Romagnosi (il *Progetto di Codice penale del primo Regno d'Italia,* pubblicato in Brescia il 1807. = *Progetto del Codice di Procedura penale pel passato Regno d'Italia* di G. D. Romagnosi: seconda ediz., Firenze 1835).

72. Cessata la signoria francese, le leggi che vi succedettero, ne mantennero pure lo strascico: *Codice Parmense* del 1820; *Regolamenti Gregoriani* di *Procedura* del 1831 e *Dei delitti e delle pene* 1833; *Codice Modenese* del 1835; e più di tutti i codici del *Piemonte: penale* 1839, e di *Procedura* 1847.

Lo Stato, che seppe fedelmente attenersi alle tradizioni della sua illustre scuola, di cui a capo Nicolini, fu il Regno di Napoli col *Codice del 1819.*

Sopratutti però va encomiato il *Codice Toscano* del 1853, a cui va unito il *Regolamento fondamentale degli stabilimenti penali,* ed il *Regolamento di polizia,* non che il *Decreto 30 aprile 1860,* per l'abolizione della pena di morte.

Questo codice fu giudicato da Mittermayer l'*ultima parola della scienza,* ed una prova sicura della importanza non solo per il contenuto, ma ancora per la forma, la deriviamo dal fatto: che le commissioni incaricate a compilare un Progetto, progredendo nei loro studii, vieppiù

si avvicinavano al dettato toscano, la cui scuola serba ancora il primato nella nostra scienza, di fronte anche agli stranieri.

§ 6. — *Attualità.*

73. L'Italia, secondo i suoi naturali confini, ha varia legislazione relativa ai diversi governi; così nella Corsica ed a Nizza imperano i *Codici Francesi;* nel Tirolo italiano e nell'Istria, vi ha la *Legislazione Austriaca,* di cui degnissimo di lode è il *Regolamento di Procedura* compilato dal Ministro GLASER; a Malta si hanno leggi informate al sistema inglese, quanto alla procedura, e napoletane del 1819, quanto al diritto statuente; nella Repubblica di S. Marino un *Codice speciale* pubblicato il 1865, dietro i lavori di ZUPPETTA, GIULIANI, CARRARA, e pel Canton Ticino il *Codice* compilato (relatore SCAZZIGA, 21 aprile 1870 e pubblicato il 1873), sul *Progetto di Codice penale del Regno d'Italia,* Firenze 1868.

74. Nel Regno d'Italia vige il Codice del 1859, pubblicato da RATTAZZI, durante i pieni poteri, meno nella Toscana, dove con ragione, per la sua eccellenza, vige tuttora il Codice del 1853 coll'abolizione della pena di morte.

75. Nel Regno di Napoli poi, per introdurre il nuovo Codice Sardo, si dovettero ammettere alcune *modificazioni,* le quali furono incorporate nel Codice stesso con *Decreto 17 febbraio 1861.* Queste modificazioni sono il risultato del ricco tesoro giuridico della patria di PAGANO, FILANGERI e NICOLINI.

76. A ciò si aggiunga come attuale fonte di diritto positivo il *Codice di Procedura penale* e l'*ordinamento giudiziario,* pubblicati in forza della *legge per l'unifica-*

zione 2 aprile 1865; il *Decreto 1848 sulla libertà della stampa,* pubblicato insieme allo Statuto; i *Codici penali, militare e marittimo,* pubblicati il 1869 e le leggi a modificazione del Codice di procedura sui *mandati di cattura, libertà provvisoria,* e sul *giuramento 30 giugno 1876 e sui giurati 8 giugno 1874,* e *6 maggio 1877.*

§ 7. — *Progetti di Codice penale.*

77. La *riserva* che si era fatta alla Toscana, le *modificazioni* imposte dai giureconsulti napoletani e le *proteste* fatte dai deputati Lombardi, provavano ad evidenza: che, se il Codice Sardo era un progresso relativamente al Piemonte, non lo era certo rispetto agli altri Stati italiani ed il Ministro CASSINIS, fin dalla prima pubblicazione, ne prometteva un'ampia revisione.

78. Troviamo quindi tre progetti, l'uno del MIGLIETTI 1882, altro di PISANELLI 1863 di cui il primo libro venne presentato al Senato, e nell'anno successivo quello di DE FALCO, che le serviva di base al Progetto, che io oserei chiamare *definitivo* del 1868.

79. Diede origine a questo Progetto il trasferimento della capitale a Firenze.

Non si poteva tollerare, che nella capitale del Regno vi fossero leggi *speciali*, epperò colla *legge 2 aprile 1865* venne con *straordinarii* poteri autorizzato il governo ad effettuare l'unificazione legislativa.

In questa occasione MANCINI proponeva « che fosse esteso per tutto il Regno il Codice del 1859 colle *modificazioni* già introdotte nelle provincie meridionali, l'*abolizione della pena di morte* ed una *nuova scala penale* giusta il più recente sistema penitenziario ».

80. La discussione versò sull'argomento principale

l'*abolizione del carnefice* e favorevolmente decisa nella *Camera dei deputati il 13 marzo 1865*, *naufragava in Senato il 22 aprile* (V. Buccellati, *Abolizione della pena di morte*).

Da quell'istante fu resa impossibile la desiderata uniformità legislativa e si ebbero soltanto lievi modificazioni col *Decreto 26 novembre 1865*, che riguardano il *vagabondaggio*, l'*accattonaggio*, il *porto d'armi*, il *furto commesso nelle campagne*, il *trafugamento dei documenti prodotti in giudizio*, i *furti domestici*, l'*appropriazione indebita di cosa trovata*, il *possesso colpevole di false chiavi, grimaldelli*, ecc., ecc ; nulla insomma che affetti sostanzialmente la *ragione* del Codice penale (art. 434, 442, 444, 445, 463, 625, 634, 635, 649, 665, 972, 676).

81. Secondo l'invito della Camera ed il voto stesso del Senato furono nominate due Commissioni, l'una con *Decreto 15 novembre 1865*, per proporre una *nuova scala di pene*, che avesse a fondamento il sistema penitenziario, ed altra *del 12 gennaio 1866* col mandato di compilare il *Progetto di Codice*. Queste commissioni si fusero insieme; e nel 1868 presentarono al ministro De Falco un'importantissimo *Progetto di Codice penale e polizia punitiva*, il quale si meritava il plauso anche degli stranieri (Buccellati, *Osservazioni intorno al Progetto di Codice penale 1868*).

82. Si poteva ritenere *definitivo* questo Progetto; ma non la pensò così il ministro De Filippo, che con circolare 10 ottobre 1868 domandava il parere delle Corti e Tribunali in *assemblea generale* e così giustificava la formazione di una Commissione fatta dal ministro Pironti, con *Decreto 3 settembre 1869*.

83. Questa Commissione compiva il proprio lavoro nel 1870 (*Il Progetto del Codice penale pel Regno d'Italia*,

Firenze 1870, vol. 2) recando al Progetto d'*iniziativa parlamentare* gravi mutamenti, fra i quali il ristabilimento della pena di morte.

84. Successo il De Falco, ripudiava l'eredità, e nel *1873* compilava *nuovo Progetto*, di cui si valse il successore Vigliani, per la compilazione del proprio schema, presentato in Senato *il 24 febbraio 1874*, largamente e sapientemente discusso ed approvato definitivamente *il 25 maggio*.

85. Giaceva alla Camera questo schema Senatorio, quando nominato ministro Mancini, questi con *Decreto 18 maggio 1876* convocava una Commissione per la *revisione del libro I Progetto Senatorio*, aggiungendo altri membri con *Decreto 23 ottobre 1877*, per la revisione del libro II.

Cogli studi di questa Commissione ed i pareri della Magistratura, il Libro primo del Progetto Mancini venne presentato alla Camera, discusso ed approvato nelle tornate 28 novembre, 2, 7 dicembre 1877, mentre la Commissione compieva il suo lavoro anche intorno al libro II (*Lavori della Commissione istituita dal Ministro* Mancini *vol. 2, 1877, 1.° Maggio e Giugno 1876, 2.° Novembre e Dicembre 1877*).

86. A queste fonti del diritto penale avvenire dovrebbesi aggiungere il *Progetto per la revisione del Codice di procedura penale presentato alla Camera il 31 Gennaio 1880* sotto il titolo « Modificazioni risguardanti il Procedimento Penale per crimini, la Camera di Consiglio, il giudice istruttore, ed i dibattimenti avanti alle Corti di Assisi ».

87. Anche il Ministro Zanardelli testè attendeva allo studio di leggi penali; ma questi erano ancora nel segreto del Ministero, quando successe l'attuale Ministro Savelli

che ereditava il lavoro dell'antecessore, e modificato con savia moderazione lo diffondeva per provocare il parere dei giureconsulti.

Tutto questo lavoro ormai di 20 e più anni per la formazione di un Codice Penale italiano, forma una ricca biblioteca, concorrendo a quest'opera, non solo tutti i criminalisti italiani, i psichiatri di maggiore autorità, la magistratura e gli ordini degli avvocati; ma ancora molti stranieri ed in particolare i più chiari penalisti della Germania.

Al ministro spetta sapere discernere il meglio dal copioso tesoro di sua guardaroba scientifica!

Il movimento legislativo, di cui abbiamo brevemente tracciata la storia, è pure prova del movimento scientifico, del quale non credo necessario far cenno, rivelandosi questo dalla bibliografia qui preposta e dallo svolgimento stesso dei vari trattati.

Chi vorrebbe però averne un quadro dei recenti autori potrebbe attingere all'opera di EMILIO BRUSA, *Appunti*, ecc., pag. 211-227.

88. I lavori diligentemente raccolti da questo autore in questo ultimo ventennio servano a mantenere le gloriose tradizioni del nostro paese meritamente giudicato dagli stranieri, la *sede naturale del diritto punitivo.*

A ciò concorsero non solo le forze individuali ma ancora varie associazioni, come quella per l'*erezione del monumento* a CESARE BECCARIA in *Milano*, i *patronati* (ormai diffusi nelle principali città), i *congressi giuridici* (Roma e Torino), i *periodici giuridici,* fra i quali a cagion d'onore cito la *Rivista Penale* di LUCCHINI (la migliore in Europa a testimonianza di EBERTY), la *Rivista* di *Discipline Carcerarie,* di BELTRANI SCALIA, e la *Rivista sperimentale* di *Medicina legale* fondata dal compianto Prof. LIVI; e

sopratutto le *Commissioni per la compilazione dei Progetti di Codice Penale* fra le quali quelle con savio discernimento raccolte dal Ministro MANCINI con Decreto 18 maggio 1876, e 28 ottobre 1877, tuttora legalmente esistenti, e la Commissione per il riordinamento della statistica eretta con Decreto 20 aprile 1882.

Legali d'ogni ordine attendono assiduamente allo studio delle discipline penali.

Le cattedre sono ottimamente rappresentate; e fra i professori meritano oggi speciale commemorazione CARRARA di Pisa, PESSINA e ZUPPETTA di Napoli, TOLOMEI di Padova, NOCITO di Roma, BRUSA di Torino, LUCCHINI di Bologna, MECCACCI, TARANTO e FERRI di Modena (il più valente fra i novatori sotto la scorta di LOMBROSO), PUGLIA, ecc., ecc.

Anche la magistratura si onora di avere nel suo seno illustri cultori della nostra scienza: ELLERO e CANONICO, che con dolore vedemmo rapiti all'insegnamento, attualmente consiglieri di Cassazione a Roma, CESARINI, ARABIA, CRIVELLARI, LA FRANCESCA, BORSARI, BORSANI e sopratutto CASORATI addetto al Ministero pei lavori legislativi, e BALDASSARE PAOLI, Presidente della Corte d'Appello di Firenze.

Fra gli avvocati poi meritano ricordo SALUTO, MANFREDI, MAINO, GABBA, GAROFALO, GRIPPO, DE MAURO, GIURIATI, RICCI, ecc., ecc.

Questo movimento scientifico deve il suo impulso specialmente agli illustri *Ministri* di *Grazia e Giustizia,* fra i quali è debito rammemorare con lode CASSINIS, PISANELLI, VACCA, CONFORTI, DE FALCO (a cui giovò tanto l'opera di AMBROSOLI), VIGLIANI e specialmente MANCINI, ZANARDELLI e GIANUZZI-SAVELLI.

Giovò pure moltissimo l'incoraggiamento e la collabo-

razione degli stranieri specialmente tedeschi, fra i quali per debito di riconoscenza ricordiamo il compianto MITTERMAIER, i prof. HOLTZENDORFF, GEYER, MEYER, TEICHMANN, l'ex ministro GLASER e l' EBERTY.

Nè solo in Italia, dove la recente parola del Re ha fatto sentire alla Camera il bisogno urgente di attendere alla riforma del Codice Penale; ma per tutto il mondo alla foga scientifica segue la legislativa. Le *Riviste penali* oggi pubblicate ci danno una prova elequente di ciò.

Non vi ha Parlamento, a cui non sieno affidati Codici o Leggi Penali!

TRATTATO SECONDO.

TEORIE DI DIRITTO PENALE.

—

BIBLIOGRAFIA.

ITALIANI.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene.* — ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale.* — FILANGIERI, *Scienza della legislazione,* Parte III. — BUCCELLATI, *Guida,* ecc. *La razionalità del diritto penale.* Milano 1875. *La scuola italiana e la scuola francese.* Milano 1880. *Il nihilismo e la ragione del diritto penale.* Milano 1882. — BUFALINI, *Sui fondamenti del diritto punitivo.* Firenze 1857. — BUSATTI, *Del diritto all'irrogazione delle pene.* 1841. — GABBA, *Dei fondamenti e dei caratteri della pena.* 1858. — GARELLI, *Della pena e della emenda.* 1869. — MAMIANI e MANCINI, *Lettere sulle origini del diritto di punire.* Vol. 2. 1844. — ROSMINI, TAPPARELLI, ROSSI, CARMIGNANI, CARRARA, PESSINA, TOLOMEI, TANCREDI, BRUSA, LUCHINI, FERRI, opere citate.

TEDESCHI.

HEPP, *Darstellung u. Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme* (Esposizione e critica de' sistemi punitivi tedeschi). Heidelb. 1843-45. — *Ueber die Gerechtigkeits-und-Nutzungs-Theorieen des Auslandes* (Intorno alle teorie assolute e utilitarie all'estero). 1834. — ABEGG, *Die verschiedenen Strafrechtstheorieen* (Le diverse teorie penali). 1835. — LAISTNER, *Das Recht in der Strafe* (Il diritto nella pena). 1872. — SEBER, *Gründe und Zwecke der Strafe* (Fondamenti e scopi della pena). 1876. — PFENNINGER, *Der Begriff der Strafe* (Il concetto della pena). — ZIEGLER, *Die*

Sicherungstheorieen (Le teorie della difesa). 1862. — BINDING, *Das Problem der Strafe* (Il problema della pena). 1877. — KITZ, *Das Prinzip der Strafe in seinem Ursprung aus der Sittlichkeit* (Il principio della pena nella sua genesi dalla morale). 1874. — WELCKER, *Die ersten Gründe von Recht Staat u. Strafe* (Le prime basi del diritto stato e pena). 1812. — STAHL, *Philosophie des Rechts* (Filosofia del diritto). Vol. 2.°, ed. 4.ª; seguito da LINK, *Ueber das Naturrecht als Grundlage der Strafrechtstheorieen* (Sul diritto naturale come base delle teorie penali). 1829; e da BEKKER, *Theorie des Strafrechts* (Teoria del diritto penale). 1859. — HENKE, *Ueber den Streit der Strafrechtstheorieen* (Sulle divergenze delle teorie penali). 1811. — KANT, *Anfangsgründe der Rechtslehre* (Elementi della scienza del diritto). — HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts.* § 82 sq. — FEUERBACH, *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel* (Sulla pena come mezzo preventivo); — contro lui THIBAUD, *Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie* (Studi critici sulla teoria di Feuerbach). — SCHULZE, *Entwurf der philos. Prinzipien des bürg. u. peinl. Rechts* (Compendio de' principi filosofici del diritto civile e penale). — GROOS, *Ideen zur Begründung eines obersten Prinzipes für die psychische Legalmedizin* (Idee sulla costituzione di un principio supremo per la psichica medicina legale). 1830. — RÖDER, *An poena malum esse debeat?* (Tesi di laurea). *Zur Rechtsbegründung der Besserungstrafe* (Sul fondamento giuridico della pena emendatrice). 1846. *Besserungstrafe und Besserungsanstalten* (Pena emendatrice e istituti emendatori).

FRANCESI E BELGI.

BERTAULD, *Étude sur le droit de punir.* 1852. — BROCHER, *Essai sur l'élément moral du droit criminel.* 1036. — BROGLIE (Duc de), *Sur le droit de punir.* 1828. — FRANCK, *Philosophie du droit pénal.* 1864. — GILARDIN, *Étude philosophique sur le droit de punir.* 1842. — HAUS, *Du principe d'expiation.* 1855. — HÉLIE, *Introduction au Traité de M. Rossi.* 1865. — MOLINIER, *Du droit de punir.* 1848.

Argomento.

89. Nozione di teorica del diritto penale. — 90. Programma del trattato.

89. Per *teoria* intendiamo « la parte speculativa, che dia regola alla pratica e renda ragione dei singoli istituti » (Fanfani e Rigutini): epperò logicamente precede lo studio dei singoli istituti di diritto penale, prestando a questi il fondamento e la giustificazione.

90. Per svolgere con chiarezza questo trattato, che comprende per eccellenza la parte razionale, è necessario prestabilire la trama di tutto il tessuto, affine anche di dare alle nuove dottrine, finora vacanti senza ordine, il posto che loro convenga logicamente.

Tratteremo: 1.° della necessità *razionale* e positiva di queste teorie; 2.° della nuova via aperta dagli sperimentalisti, fino al punto, in cui è possibile seguirla, nella ricerca di un principio fattore della scienza; 3.° dell'evoluzione storica e razionale del principio, che giustifica il diritto penale; 4.° Beccaria; 5.° Romagnosi; 6.° scuole tedesche; 7.° Rossi o la scuola francese; 8.° Carmignani e la scuola italiana; 9.° *reintegrazione dell'ordine giuridico;* 10.° lo sperimentalismo di fronte alla nostra teoria ed alla scienza del diritto penale; 11.° Conclusione.

CAPITOLO PRIMO.

NECESSITÀ RAZIONALE E POSITIVA DI QUESTA RICERCA.

—

Argomento.

91. Necessità di un principio per costituire la scienza. — 92. Questo principio, ove si tratti di un istituto sociale, è coevo colla società.

— 93. Esso però è oggetto di speciale studio, quando dal dogmatismo si proceda alla razionale ricerca della giustificazione del diritto. — 94. Incontro dei tre concetti *genesi*, *governo* e *giustificazione* del diritto di punire. — 95. Necessità pratica dello studio delle teorie. — 96. Effetto del disprezzo di questo studio.

91. Le nozioni nel loro complesso acquistano la dignità di scienza, quando per lungo esercizio della umana intelligenza, armonicamente coordinate le idee, che si vanno via via raccogliendo, si accentrano queste in un principio, capo stipite nella genealogia del pensiero.

92. Quando si tratti di un istituto naturalmente aderente all'organismo sociale, l'intuizione del principio, che lo giustifica, è antico pressochè quanto l'istituto stesso; perocchè l'uomo sente naturalmente il bisogno di giustificare razionalmente i suoi atti, specialmente se questi, come avviene nel diritto penale, possono offrire l'apparenza di brutale esercizio della forza.

Ecco il perchè nel progressivo svolgimento di questo diritto, troviamo dapprima nella pubblica coscienza, poi più chiaramente nei filosofi, le traccie di un principio razionale moderatore.

93. Finchè però era dogma il diritto penale, questa ricerca aveva una mera importanza speculativa; epperò entrava di straforo soltanto negli studii morali giuridici e nel diritto pubblico; assumeva essa la propria autonomia e pratica importanza, quando l'umana intelligenza si domandava arditamente: ha dessa la società il diritto di punire?

Infatti se ne' giuristi romani troviamo per incidenza notata la genesi o lo scopo (il che torna lo stesso) del diritto di punire, ciò non è mai per rendere ragione di questo, ma solo per avere una norma in qualche caso concreto. (ZACHARIÆ K. S., *Quomodo Icti romani de delictis eorumque pœnis philosophati sint*).

94. Checchè ne sia di ciò, a noi basta di accennare alla necessità razionale di questo principio, siccome quello che *genera, giustifica e governa* il diritto penale.

I quali tre concetti ad un punto convergono; ond'è che sia BECCARIA, che ne dimostri la *legittimazione,* sia ROMAGNOSI, che ne indaghi la *genesi,* sia ROSSI, che ne riveli il *fondamento* o la giustizia intrinseca, tutti tendono allo stesso scopo; conciossiachè la indagine della *prima legge* dell'essere ne *legittima* l'esistenza ed impone il *principio rettore* o moderatore.

95. Alla necessità *logica* segue la *positiva* o *pratica*: imperocchè solo collo studio della evoluzione razionale e storica di questo principio, noi possiamo correttamente *giudicare gli autori,* che a questa vicenda subordinarono le loro idee; possiamo *penetrare nello spirito delle leggi,* che si informavano al principio volta a volta dominante; e dalla ginnastica della lotta scientifica sostenuta da ingegni giganti acquistiamo gagliardia e destrezza nell'uso delle nostre armi nei giudizii sia come *difensori,* che come *accusatori* e *giudici.*

96. L'attuale disprezzo sorto dal *positivismo* e dallo sperimentalismo rispetto allo studio delle teorie, quasi fosse sogno di inferma fantasia, è gratuito *insulto* ai sommi che ci precedettero in questi studii; è il *divorzio dalla tradizione scientifica*, che dissecca ogni nobile inspirazione; è *apatia* o *torpore*, che toglie la lena a ricerche speculative, e ci fa considerare la legge come fatale necessità (V. BUCCELLATI, *Sommi principii del diritto penale — Nihilismo e ragione del diritto penale in principio*). CICERONE rivolgendosi alla scuola positivista del suo tempo la invitava a tacere in tali questioni « nam si inuaserit in hæc, quæ satis scite nobis instructa et composita uidentur, nimias edet ruinas ». (*De leg.*, 1, 13, 39).

CAPITOLO SECONDO.

NUOVA VIA APERTA DAGLI SPERIMENTALISTI.

—

ARGOMENTO.

97. Punto di partenza della nuova scuola sperimentalista. — 98. Previsione della teorica darwiniana applicata al diritto penale. — 99. Testimonianza di FERRI. — 100. L'origine del diritto penale nella zoologia? — 101. Il punto di partenza degli sperimentalisti non è nè una realtà nè un postulato, ma solo un' *ipotesi*. — 102. Per quale rapporto convenga l'evoluzionismo darwiniano. — 103. Come questo sia incapace a rendere ragione dell'*idea* di diritto. — 104. La via sperimentale conveniente è la storia.

97. Sta il canone Ciceroniano « *ab hominis natura discenda est natura iuris* »; (V. per lo svolgimento di questo principio le bellissime pagine di CICERONE, *De legibus*, 1, 7, 22 sq.); orbene, la legge prima nell' uomo si manifesta negli *istinti;* e siccome questi sono comuni agli altri animali, così la prima ricerca è fatta dagli sperimentalisti nella zoologia, ritenendosi come dogma la *graduale formazione della specie per selezione.*

98. Davvero, in ossequio al processo logico della umana intelligenza, abbiamo a congratularci di veder oggi lo sperimentalismo nelle sue estreme induzioni; e mi compiaccio d'essere stato indovino e di aver prevenuta l'applicazione, che ora fa FERRI, del principio darwiniano (*Dell'omicidio, ecc., ecc.*), quale tributo necessario allo spirito scientifico dei nostri giorni (*Rivista Penale*, vol. XIV, fasc. II).

99. L'uomo, dice FERRI, colle sue manifestazioni non è che l' ultimo anello di una serie naturale del mondo

inorganico, vegetale, animale; partiamo dunque da questi, dove vi ha l'uomo *preistorico*, selvaggio, primitivo.

100. Così il diritto penale troverebbe il suo fondamento, o la sua origine nella *zoologia:* « i diversi temperamenti, le passioni, le qualità buone o cattive, sorgono successivamente nel vasto oceano della vita animale, e dovunque l'osservatore trova l'immagine della nostra esistenza sociale, industriale, artistica, scientifica e politica » (TRÖGEL citato da FERRI).

Da qui lo studio dell'origine dei reati nelle bestie, come fa FERRI, rispetto al reato di omicidio; avvertendo da ultimo, che le varie specie di uccisione fra i bruti hanno pure il carattere di delitto.

101. Apprezzo, se vi aggrada, la ricerca diligentemente fatta dal FERRI: accetto i fatti da lui esposti, li considero come patrimonio della scienza; ma in ordine alla zoologia, non già al diritto penale, se non per quella lontanissima parentela, che il diritto penale può avere con qualunque scienza.

Badate bene, il punto di partenza di queste ricerche è *oggetto di discussione,* non è un postulato nella scienza.

Celebre è la controversia trasformistica provocata dall'ardito HAEKEL con un *Discorso al congresso dei naturalisti* il 18 settembre 1877 in Monaco di Baviera.

L'illustre VIRCHOW, alle asserzioni di HAEKEL, opponeva: 1.° che la teoria della discendenza non è ancora una verità scientifica, a cui si possa applicare una fede certa; 2.° che noi non possiamo insegnare, che l' uomo discenda dalla scimmia o da altri animali; 3.° che insomma questa discendenza non è che una verità *ipotetica-speculativa,* e si domandano invece prove di fatto. (V. anche l'ultimo discorso di VIRCHOW in morte di DARWIN, in cui l' illustre uomo sostiene che la teoria darwiniana non dipende che

da una conoscenza molto imperfetta della anatomia umana: *Révue des Cours scientifiques, Décembre 1882*).

Uno studio recentissimo è pur quello del KRAMER, *Theorie u. Enfahrung: Beiträge zur Beurtheilung des Darwinismus* (Teoria ed esperienza. Contributo all'esame della teoria darwiniana). Halle 1883. L'insussistenza dei postulati, su cui il darwinismo si fonda, è in esso libro a giudizio di valorosi naturalisti alemanni pienamente dimostrata. Il pregevole giornale *Die Natur* augura al libro *molti lettori pensanti* (recht viele denkende Leser).

Vedete adunque; che, dopo tutto, lo sperimentalismo, per assumere carattere scientifico, fa capo ancora ad una ipotesi; ed in tal caso bilanciando ipotesi per ipotesi (poichè secondo il vostro linguaggio tale sarebbe la nostra dottrina), avrebbe sempre maggiore autorità l'antica ed universale della singolare creazione dell'uomo.

102. Del resto io non credo, e altrove lo dimostrai (V. *Nihilismo*, ecc., C. 2.°) che DARWIN abbia inteso negare la *distinta natura* dell'uomo; e non ripugna punto accettare pure l'evoluzionismo nell'*ordine strettamente animale* (chi spiega il *modo* dell'atto creativo?); e quindi il *necessario legame* dell'istinto dei bruti con quello dell'uomo.

Quale ne sarà la conseguenza? Che troverete alcuni atti ed anche un aliquale diritto (solo per *analogia estrinseca,* non per essenza razionale, come proveremo avanti) comune anche alle bestie: *quod natura omnia animalia docuit* (Inst. 1, 2 pr. Dig. 1, 1, 1, 3); e per tale rapporto voi potreste trovare anche il germe del diritto penale nella *difesa collettiva* delle rondini, come il germe del despotismo nelle api, e della città nei castori.

103. In tutto ciò voi avete degli istinti, non il concetto essenziale *di diritto.*

O questa voce *diritto* è un'illusione, e allora cessi l'in-

ganno e togliamola dalla lingua, o è una realtà: il meno che si possa concedere è che sia un *oggetto della mente*, un'idea, che si feconda in noi e riceve varia applicazione.

Qui appunto sta il termine di distinzione: alle bestie è sovrapposta la legge, agli uomini è sovrapposta l'idea, la nozione e coscienza di mutui rapporti.

Sperimentalmente voi avvertite che le api, le cicogne, gli orsi si difendono e si puniscono; ma di grazia hanno esse variato di un punto?... o non sono le api di VIRGILIO, quelle stesse dell'ALEMANNI? e la storia naturale di ARISTOTELE e PLINIO non è ripetuta da BUFFON e DARWIN?

Da una parte dunque l'impero necessario di una legge; dall'altra un'*idea*, che provocata pure da moti istintuali si sviluppa e progredisce per intrinseca virtù.

Nella ricerca dunque di questa idea sta la genesi del *diritto* penale; e perchè riesca realmente sperimentale questo studio, noi dobbiamo guardarci da *preistoriche astrazioni*, le quali sono sempre soggettive, e dobbiamo compulsare i monumenti storici e letterari, dai quali soltanto irradia luce sicura sulle origini degli istituti sociali.

104. A questo scopo, meglio che la genesi degli istinti animali, credo opportuna, rispetto specialmente al diritto italiano, la indagine delle fonti greche, come consigliai ad un mio ottimo scolaro CONTARDO FERRINI (*Quid conferat ad iuris criminalis historiam Homericorum Hesiodeorumque poematum studium*. Berolini, MDCCCLXXXI).

CAPITOLO TERZO.

EVOLUZIONE STORICA E RAZIONALE DEL PRINCIPIO, CHE GOVERNA IL DIRITTO PENALE.

—

Argomento.

105. La dottrina darwiniana, che ha la sua sede naturale nella zoologia, nella anatomia comparata e nella geologia, potrebbe pure estendere le sue applicazioni alla antropologia empirica ed alla biologia, ma non potrà mai *direttamente* spiegare il diritto penale, che sorge dall'idea complessa dell'umana consociazione.

106. Questa idea, di fronte all'uomo-individuo, subisce la sua singolare evoluzione, cioè passa per diversi *stadii*, che pure si attribuiscono al diritto penale; il quale si identifica per ciò colla società stessa, per cui soltanto esiste.

Questa successione o sviluppo può considerarsi sotto due aspetti, secondo la storia e secondo la scienza.

107. I. Evoluzione storica. — Questa rappresenta la storia *intima* del diritto penale, cioè il succedersi di varii principii, che dominarono il diritto penale nei varii Stati.

108. Lo Stato nella sua origine si presenta in *modo informe*, come un allargamento della famiglia e della tribù; per cui nella sua prima manifestazione la repressione dell'offesa appartiene alla *giustizia patriarcale*, ed a questa sovvengono alcuni generosi, « *Ercoli* » o « *cavalieri* », che si assumono la difesa del debole e la vendetta dell'offeso.

109. 1.° Stadio. — Lo Stato si costituisce col principio religioso: « i primi costumi erano aspersi di religione » (Vico); epperò la « *teocrazia* » sia nel paganesimo, che nel rinnovamento cristiano rappresenta il *primo stadio* del diritto penale.

110. 2.° Stadio. — Sciolta dalle fascie sacerdotali la società civile trova nel proprio fine la ragione di essere; e lo Stato o l'*ordine politico*, è suprema legge, a cui è sacrificato il cittadino: « salus publica suprema lex esto ».

111. 3.° Stadio. — La scienza umana squarcia le tenebre del dispotismo; al disopra della volontà del principe si indaga la ragione della legge, ed i filosofi, i giureconsulti, ed i dottori cristiani raffermano il principio dominante della *giustizia*.

112. 4.° Stadio. — Fatta più positiva la società, astrae il concetto di giustizia dal principio assoluto; e considerandolo relativamente all'utile o all'interesse sociale, dà la prevalenza al *principio giuridico*, propriamente detto, di cui è moderatore la legge di carità o l'amore. (Vedi lo sviluppo storico di questi stadii nella mia *Guida*).

113. Nello studio di queste varie fasi, due avvertenze restano a farsi:

1.° che questi principii non lo sono in modo *esclu-*

sivo; ma, ammettendo pure il concorso di tutti simultaneamente, vi determinano soltanto il punto *culminante* in ciascuna epoca;

2.° che giusta la distinzione dei due emisferi nella storia, *incivilimento pagano,* ed *incivilimento cristiano,* noi vediamo ripetersi, lo stesso corso, tanto nella antichità che sotto l'idea cristiana. Il dualismo dura tuttora, perchè « il principio pagano domina troppo spesso ancora l'ordine dei fatti, mentre il principio cristiano penetra ogni giorno più nella pubblica coscienza » (AZEGLIO).

114. II. EVOLUZIONE SECONDO LA SCIENZA O IDEALE. — Suolsi dire, e con ragione, che BECCARIA è fondatore della nostra scienza, in quanto fu egli il primo, che le diede veramente un carattere autonomo e razionale.

115. Tuttavolta i principii della scienza sono per le ragioni suesposte antichissimi, e di questi appunto indaghiamo lo svolgimento fino a BECCARIA, riservando a più minuto esame il processo ideale da Beccaria fino a noi.

116. Nelle due scuole predominanti della filosofia greca troviamo pure il germe del recente dualismo; nel *Gorgia* di PLATONE il principio eminentemente *morale*, nell'etica e politica di ARISTOTILE il principio *utilitario.* L'ecclètismo o l'accordo di questi principii appare in CICERONE, specialmente nel *De Officiis*, nel *De legibus* e nel *De republica;* in SENECA nei trattati *De Clementia* e *De Ira,* e nelle *sentenze* delle Pandette, specialmente di PAPINIANO, ULPIANO e PAOLO.

117. La luce cristiana si manifesta coi primi padri del cristianesimo, e questi, specialmente S. GEROLAMO, S. AMBROGIO, S. AGOSTINO, rettificano il concetto di reato colla necessaria imputazione ad una *libera volontà,* e temperano la durezza della pena colla misericordia *della penitenza.*

118. S. TOMMASO, che « sopra tutti come aquila vola »,

trova il principio *individuale* e *sociale* della pena in modo più conforme alle attuali dottrine, il primo « *ex naturali inclinatione, ut unusquisque deprimat eum, qui contra ipsum insurgit* »; il secondo dalla turbazione dell'ordine sociale » *quidquid contra ordinem aliquem insurgit consequens est, ut ab eo ordine et principe ordinis deprimatur. Cum autem peccatum sit actus inordinatus, manifestum est, quod quicunque peccat*, CONTRA ALIQUEM ORDINEM AGIT *et ideo ab* IPSO ORDINE CONSEQUENS EST QUOD DEPRIMATUR; *quæ quidem depressio pœna est* »... (Summa theol. p. II, 1 q. 87 a. 1).

119. Col secolo XVII si apre la schiera degli studii *civili* ed il fondatore del diritto internazionale, tratta di proposito della pena « *malum passionis, quod infligitur propter malum actionis* »; ond'è naturalmente legittimo che « *qui malum fecit malum ferat* »; e siccome per naturale convenzione sono gli uomini obbligati alla legge, così « *qui deliquit sua voluntate, se obligasse videtur pœnæ* ». Vuolsi però un *motivo* che giustifichi l'esercizio del potere punitivo: e questo è triplice « *utilitas eius qui peccavit* »; (*emendamento*); « *utilitas eius, cuius intererat non peccatum esse* », (*compensazione*); « *utilitas indistincte quorumlibet* » (*sicurezza pubblica*); nè tutti gli atti viziosi sono oggetto di pena, ma solo quelli « *qui directe vel indirecte spectant ad societatem humanam et qui punit ut recte puniat ius habere debet* ». GROZIO (*De iure belli et pacis*, lib. II, c. 20, 21).

La suprema autorità *summum imperium* come in tutta la filosofia, così anche nel diritto penale è fondamento secondo HOBBES (*Elementa philos. de cive cap. III*). La pena è *malum* « *transgressori legis autorictate publica, inflictum* »; a questo scopo « *ut terrore eius voluntates civium ad obœdientiam confirmentur* »; e questo male

deve riferirsi non al passato, ma al futuro, « *a criminibus committendis prohibeat* ».

THOMASIO (*Institutionum iurisprudentiæ divinæ libri tres*, lib. III, c. 7) determina quattro fini della pena *reparationem, expiationem, assecurationem, et emendationem,* includendo però nella definizione il solo concetto dell'emenda pubblica « *positio mali seu dolor quem propter delictum infert superior inferiori invito, in emendationem communem civium* »; e spiegando la parola *invito* risponde negativamente all' ipotesi sorta più tardi « an per pactum delinquens obligatus esse credatur »?

LEIBNITZ nella sua *Teodicea* II, § 67, sq. riconosce pure, come scopo della pena, l'*emenda*, l'*esempio* e la *riparazione del male;* ma ammette pure la legittimità della pena senza questo scopo (*pena vendicativa*), che veramente appartiene a Dio, ma » qu' il ne laisse pas de communiquer a ceux, qui ont droit de gouverner les autres et qu' il exerce par leur moyen, pourvu qu' ils agissent par raison et non pas par passion »...

WOLFF (*Institut. iur. nat et gent.* §§ 93, 157, 410, 758, 809, 1043 sq.). deduce dalla natura il diritto per ciò che « *homini competit ius puniendi eum qui ipsum læsit* »; e la pena si chiama *emendatrice* « *quatenus ad deterrendum alios a lædendo exemplaris* »; e si risolve in una guerra privata, la quale sarebbe ancor lecita « *si copia iudicis haberi nequit* ».

Dall'esposizione di questi principii è troppo facile riconoscervi nei filosofi del secolo XVII, delle idee dei quali si valsero i teorici del diritto punitivo.

120. Doveva però passar di mezzo la filosofia del secolo XVIII, la quale, a capo ROUSSEAU, tendeva a rovesciare la società, rialzando su queste ruine, l'uomo secondo i suoi naturali diritti.

Dalle dottrine di questa scuola sorge il libro di BECCARIA, come egli stesso lo confessa in una lettera al suo traduttore MORELLET, in cui dice « D'ALEMBERT, DIDEROT, ELVEZIO, BUFFON, HUME; nomi insigni, che nessuno ode senza sentirsi commovere, le vostre immortali opere sono una mia lettura continua, ed oggetto delle mie occupazioni nel giorno, delle mie meditazioni nel silenzio della notte »!... (CANTU', *Beccaria e il diritto penale*, pag. 67).

Non è a dirsi per ciò, come dichiarava taluno in occasione dell'erezione del monumento a Milano, che fosse BECCARIA *radicale* nel significato moderno della parola. « Egli, come dice un dotto suo traduttore (dottor JULIUS GLASER, Wien 1876), *Vorwort*, ben intendeva che era necessità romperla col passato e cogliendo il meglio dagli umanitari, procurava moderare gli spiriti, che tendevano alla demolizione sociale. Il libro quindi di Beccaria fu un giusto freno: non una spinta all'anarchia, ma controspinta ».

CAPITOLO QUARTO

BECCARIA.

—

ARGOMENTO.

121. Vita di BECCARIA. — 122. Fonte a cui attinse. — 123. Collaboratori. — 124. Scopo della sua opera. — 125. Principii fondamentali. — 126. Esclusiva confutazione della *difesa diretta.* — 127. La teorica della *difesa diretta,* se in sè considerata può dirsi erronea, ha però una ragione storica e serba in genere il seme del vero ora riconosciuto intorno alla genesi del diritto penale.

121. Tre periodi vanno distinti nella vita di Beccaria, che conta anni 56, dal 1738 al 61 periodo educativo;

dal 1762 al 70 quello di pubblicista; dal 1771 al 94 quello di magistrato.

Milano allora dalla malefica dominazione spagnola, passando all'austriaca, respirava relativamente un'aura di libertà, e gli scrittori del *Caffè* si facevano propugnatori delle nuove idee.

122. A quali fonti attingesse BECCARIA, lo abbiamo sopra dimostrato; più direttamente però trasse la sua ispirazione dallo *Spirito delle leggi* di MONTESQUIEU e l'*indirizzo* da BACONE, a cui prestavano incensi, come creatore della filosofia sperimentale, gli *Enciclopedisti* (AMATI — *Vita di Beccaria,* pag. 25 e seg.).

123. Concorsero pure alla formazione dell'opuscolo di BECCARIA le dotte conversazioni specialmente coi fratelli VERRI e con PAOLO RISI.

Quasi contemporaneamente al giornale il *Caffè* nel 1764 fu pubblicato a Livorno coi tipi Coltellini la prima edizione *Dei delitti e delle pene,* a cui seguiva la traduzione in quasi tutte le lingue europee.

124. La grave discordanza fra i principii umanitarii proclamati dai filosofi, e la ferocia e l'arbitrio del diritto di punire, fu il generoso impulso, che spinse BECCARIA a proclamare radicali riforme.

125. Secondo l'indirizzo inglese (HOBBES), egli pose a fondamento dell'umana giustizia l'*utilità comune,* preponendo però, come principio moderatore, la morale naturalmente insita nel cuore umano.

Dal fatto dell'associazione deduce egli la ragione della legge; per cui « gli uomini indipendenti ed isolati si unirono in società stanchi di vivere in un continuo stato di guerra. » (*Dei delitti e delle pene.* — Milano edizione dei classici italiani 1821, pag. 13); alla costituzione però della società civile precede il *senso naturale* del *giusto*

e dell'*ingiusto;* « non è da sperarsi alcun vantaggio durevole dalla politica morale, s'ella non sia fondata sui sentimenti *indelebili dell' uomo* (*id. eod.* pag. 12) »; e con finissimo accorgimento parla egli della *politica morale,* per distinguerla dall'*ordine morale*, come ampiamente dimostra nell'*Avvertimento a chi legge* (*id. cod.* pag. 5).

Questa distinzione fra legge *divina* ed *umana;* la necessaria *figliazione* della *legge umana* dalla *giustizia assoluta*, di guisa che « qualunque legge devii da questa incontrerà sempre una resistenza contraria, che vince alla fine » *(id eod.* pag. 12); e la necessità quindi », di consultare il cuore umano, in cui trovare i *principii fondamentali del vero diritto* di punire « (*id eod.* pag. 13) sono le *note caratteristiche* di Beccaria, sono l'*anello* di congiunzione alla filosofia ch'egli chiama *primitiva* (antiqua sapientia italica, secondo Vico); determinano l'*incontro* col principio Ciceroniano « *ab hominis natura discenda est natura iuris »;* donde la massima fondamentale « inutili e per conseguenza dannose tutte le leggi che si oppongono ai naturali sentimenti dell'uomo ».

126. Chi prese a confutare il nostro concittadino e maestro arrestò le sue considerazioni al *congegno architettonico* della sua teoria.

Davvero per questo lato non abbiamo gran che a lodarci del nostro autore: era un omaggio a un pregiudizio comune!

Facilmente si poteva e si può osservare: che sopra un' *ipotesi,* qual è il *contratto sociale,* non si può fondare il diritto; che questa ipotesi si risolve in assurdo; quindi non accettabile, perchè l'uomo *extra-sociale* naturalmente non sussiste; che l'idea di contratto presuppone una società già costituita; ed il *suffragio universale* suppone

lo Stato al massimo incivilimento, per vivere la domane bambino... Quanto alla *difesa,* chi non avvisa che dessa è termine correlativo di *offesa,* e quindi contemporanea all'aggressione; mentre la pena è un atto posteriore, eseguito da chi è estraneo all'offesa? e più ancora, chi non vede che il diritto di difesa individuale, convertitosi in diritto penale, è un'asserzione contraria al fatto; perchè nessuno ha dato rinuncia, e nessuna legge ha vietato all'aggresso di respingere l'aggressore fino alla morte?

127. Si badi però che non ostante queste osservazioni, in ordine alla successione cronologica del pensiero, non potevasi attendere di più dalla primogenita delle teorie; imperocchè la manifestazione rozza e primitiva del diritto penale si è la *vendetta;* or bene, per nobilitare questo concetto, non vi ha altro modo, che ricorrere alla difesa ingegnosamente derivata dal patto sociale,

Ora tutto questo edificio è caduto; e ci rimane la parte essenziale di Beccaria, da cui scaturiscono tutte le sue riforme; sulla *essenza della giustizia sociale,* derivata eppur distinta dalla divina; *sulla natura della legge penale* conforme a giustizia, *chiara, eguale* per tutti, *interpretata restrittivamente;* sull'*indole* della pena, *pronta, pubblica, necessaria, personale, misurata* e *legale;* sugli *elementi del delitto,* l'*oggettivo* o sociale, ed il *soggettivo* o personale, quindi esclusi *suicidio, emigrazione, credenze religiose, stregherie* e va dicendo; sulle norme di procedura, *pubblica,* donde l'esclusione di processi segrèti, *razionale,* donde l'abolizione della tortura, *efficace,* donde la costituzione di una magistratura responsabile, ed al bisogno anche di giudici popolari (*Dei delitti e delle pene: passim*).

Concludiamo per ciò colle parole del miglior commentatore di Beccaria.

« Questa teoria, scrive HÉLIE, non ostante la sua esposizione *incompleta* e le sue formole *indeterminate e vaghe*, può essere considerata come l'*apprezzamento più esatto e più soddisfacente, che siasi fatto fino allora delle regole della giustizia repressiva e delle condizioni della penalità*... Nel gran numero di pubblicisti, che hanno seguito le traccie di BECCARIA, ve ne hanno tre i quali acquistarono una grande celebrità: FILANGERI, BENTHAM e FEUERBACH. Questi filosofi però non hanno seguito che per metà il maestro... È cosa singolare che soltanto la scuola americana abbia saggiamente applicato il pensiero di BECCARIA, considerando l'utilità pubblica non disgiunta dalla legge morale ». (HÉLIE, *Introduction au Traité des délits et des peines*).

CAPITOLO QUINTO.

ROMAGNOSI.

—

ARGOMENTO.

128. ROMAGNOSI. — 129. Come va considerata la teorica di ROMAGNOSI. — 130. Confutazione esclusiva della *difesa indiretta*. — 131. La dottrina vera di ROMAGNOSI in opposizione al materialismo moderno, quando sia spogliata da una vana impalcatura scientifica. — 132. Scuola tuttora vigente di ROMAGNOSI.

128. Nato a Salsomaggiore nel 1761 moriva in Milano nel 1835.

La *Genesi* pubblicata a Pavia nel 1791 era dall'autore riprodotta a Milano nel 1823-24 coll'aggiunta di due parti. Sente essa l'influenza della scuola inglese ed è scritta secondo il metodo matematico di BONNET.

ROMAGNOSI, seguendo l'impulso dato da BECCARIA, procede di un passo alla soluzione del problema.

Il processo è lento; ma, secondo la testimonianza di BACONE, « in rebus quibuscumque difficilioribus » è necessario lungo apparecchio e solo gradatamente si fanno le scienze mature.

L'apparecchio in ROMAGNOSI si manifesta nella più sottile analisi delle idee, che vi precedettero; ed i frutti che vanno maturando sono tali, che non a torto ancor oggi ROMAGNOSI è detto Maestro e donno della nostra scienza.

129. Importa però fare due osservazioni: 1.° che la *Genesi* va considerata in rapporto ad altri studj di ROMAGNOSI; e specialmente: l'*Introduzione allo studio del diritto pubblico, l'Assunto primo del diritto naturale, l'Indole e fattori dell'incivilimento, e La mente sana*, perchè, secondo FERRARI (*La mente di G. D. Romagnosi*, pag. 85) « ogni lavoro del filosofo piacentino non fa, che estendere tranquillamente l'edificio incominciato *nella Genesi del Diritto penale* »; 2.° altra osservazione si è che: ROMAGNOSI ha peccato di soverchio, sia nelle premesse, ricorrendo ancora all'ipotesi del patto sociale, ch'egli stesso « avrà cura di annullare » (*Genesi in principio, capo unico*), sia nelle *conseguenze*, volendo considerare il reato *in futuro*, trattando il delinquente come *mezzo* a *prevenire altri delitti*, non come *fine*.

Taluno, non avvertendo che questo apparato scientifico della *Genesi* contraddistinto colla frase *difesa indiretta* non è che l'*armatura della volta*, pensò che, confutata questa idea, tutto l'edificio avesse a crollare.

Noi invece siamo d'avviso che, tolta l'impalcatura, l'edificio sussiste solidamente nella parte essenziale.

130. Difatti, stabilite queste riserve: che *difesa indiretta* è una contraddizione dei termini, poichè la voce

difesa e correlativo *diretto* e necessario di offesa; che è intrinsecamente ingiusto punire un reato *avvenire*, un reato *possibile;* che importa sopratutto attenersi alla fondamentale distinzione di *giustizia repressiva*, oggetto del diritto penale, che si riferisce necessariamente al *passato*, in confronto alla *giustizia preventiva*, oggetto della polizia o scienza di Governo, che provvede al futuro; tutte le altre idee di ROMAGNOSI sono ancora oggi il più saldo patrimonio della nostra scienza.

121. Potrebbe altri, come avvenne difatto, strappando dal contesto qualche parola, far credere che « la legge di *necessità*, la quale rende indispensabili alcuni mezzi per ottenere un dato fine » sia il fondamento di ROMAGNOSI (FERRARI, op. cit, pag. 5); ma il rapporto di mezzo a fine, secondo ROMAGNOSI, si riferisce all'*ordine sociale*, il quale alla sua volta deriva ed è alleato coll'ordine morale; poichè « l'*idea* del *giusto proprio dell'essere intelligente* e *morale* è l'*oracolo* della istessa *natura;* » ond'è che questa giustizia « che sussiste, fatta astrazione dal fatto dell'uomo... si comunica a tutti gli atti *necessarj alla conservazione dello Stato*... fra questi al massimo, il diritto penale...; » dire dunque « che la natura vuole l'*uomo socievole*, vale quanto dire che *dalla natura deriva* il diritto di punire...; » e « per una combinazione intrinseca di rapporti fondati sulla natura dell'uomo, e nelle circostanze sociali, egli viene a ricevere il suo nascere e sviluppamento: » ... onde, secondo l'ordine morale e la giustizia naturale, anzi tutto si richiede la *libertà*, perchè il delitto sia imputabile... « se non fosse *atto libero* di un essere intelligente, quantunque *nocivo* ed *ingiusto*, non potrebbe formare l'oggetto della pena, divenendo anzi un dolore frustraneo qualunque castigo per il medesimo... »; donde la *definizione* del reato « *libera* esecuzione d'un

pensiero — (elemento *soggettivo*) — *ingiustamente* nocivo altrui » — (elemento *oggettivo*) — (*Genesi,* ecc. passim.).

122. Da queste testimonianze raccolte nelle prime pagine della *Genesi,* a cui molte altre di simil genere si potrebbero aggiungere, è facile riconoscere in ROMAGNOSI il germe dell' attuale dottrina, cioè: 1.° *la forza eterna,* come Romagnosi chiama, Dio, l'Assoluto, la ragione di ogni ordine; 2.° l'irradiazione di questo ordine nella *umana natura;* 3.° l'*istinto della sociabilità,* che distingue il civile dall' ordine morale e costituisce la giustizia sociale; 4.° la quale giustizia si concreta, si manifesta ed impera, mercè la formola della *legge;* 5.° legge che può essere negata o violata dalla volontà *libera* dell'uomo; 6.° donde la *necesssità* di una sanzione penale.

Tale è la teoria di ROMAGNOSI spogliata dall' armatura della *difesa indiretta.*

Armatura, la quale, costituendo « una finzione posticcia ed eterogenea », frapponevasi alla vera prospettiva della verità; epperò bisognava respingerla una buona volta; lo che avveniva per impulso specialmente della scuola tedesca e francese.

Queste due scuole in diverso modo influirono sul progresso della nostra scienza, secondo il carattere diverso delle nazioni.

CAPITOLO SESTO.

SCUOLA TEDESCA.

—

ARGOMENTO.

133. Scuola tedesca: KANT. — 134. Scuola kantiana. — 135. ZACHARIÆ: retribuzione oggettiva o giuridica. — 136. HENKE: retribuzione soggettiva o morale. — 137. HEGEL. — 138. Ragione per cui si respingono le teorie *esclusivamente* utilitarie o spiritualiste.

133. Il tedesco (se togli FEUERBACH, la cui *coazione psicologica* s'incontra colla *controspinta criminosa* di ROMAGNOSI) aborrendo dall'utilitarismo inglese, a cui rendevano omaggio le teoriche della difesa, affine di moralizzare il diritto penale, fece di questo un *istituto naturale*, astraendolo dalla società, e fondandolo sull'assioma volgare « il male merita male, il bene merita bene ».

134. Così un contemporaneo di BECCARIA preconizzava la nuova scuola colla *retribuzione*, spingendo questa fino al punto che la società, fosse anche per sciogliersi, dovrebbe uccidere *legalmente* l'assassino per esigenza morale (*imperativo categorico*).

Questa esigenza però non era dimostrata. Bastava a KANT l'asserzione: essere la pena un istituto etico, e come tale, costituire una necessaria funzione dello Stato: la pena quindi fine a sè stessa, e l'uomo obbligato a subirla; perchè al male ingiusto (*delitto*) va retribuito un male giusto (*pena*) (KANT, *Rechtslehre*, 1791, pag. 191).

A chiarire e completare le asserzioni di KANT era necessario specificare il concetto *di retribuzione:* darne una dimostrazione razionale ed un pratico indirizzo.

Qui la scuola kantiana, secondo l'interpretazione data alla frase del maestro, si divide in due schiere; dell'una sta a capo ZACHARIÆ, dell'altra HENKE.

135. ZACHARIÆ (*Anfangsgründe des philosoph Criminal*, 1804, § 42. *Strafgesetzbuchsentwurf*, 1826. Prefazione), segna un reale progresso; perchè, specificata la retribuzione in *giuridica* od *oggettiva*, risolve questa in *forma pratica*. ZACHARIÆ, come ZEILER, considera il reato quale un attacco alla sfera giuridica altrui; donde la proporzionale retribuzione: *tanta sottrazione di libertà, quanta fu la libertà offesa in altri* (*Anfangsgründe*, § 44). È facile però opporre, come nota BERNER: che qui trascurasi l'elemento morale; che limitasi il compito ad una giustizia meramente esterna; e quindi obbliga ad una artificiale computazione (BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, ediz. X, pag. 17).

136. HENKE (*Streit der Strafrechtstheorien*, 1811, 1815, pag. 39), segue per ciò la via contraria, e propugnando la *retribuzione morale*, determina come scopo della pena, non il danno sociale presente o futuro, ma la *reintegrazione dell'ordine turbato dal reo;* la pena perciò sarebbe diretta a reprimere questa *prava tendenza;* a ristaurare questo ordine là dove primamente fu offeso; poichè *die Schuld als solche sei inkommensurabel;* donde la teorica dell'*emenda*, di cui valente e pertinace propugnatore fu ROEDER.

137. Infinita è la schiera dei pensatori tedeschi, che si propose il problema della genesi del diritto penale; ma per la tradizione scientifica ci basti aggiungere a quelli citati: FICHTE, che ristaurò l'antica ipotesi *col patto di cittadinanza* e specialmente HEGEL, che in poche parole tratteggiò profondamente il principio *della retribuzione*. = La volontà, egli dice, si estrinseca liberamente, chi la

attraversa fa torto, questo va represso colla pena, la quale si propone di ristabilire il diritto con quell'istesso male, con cui fu negato e si retribuisce quindi al reo un male secondo il suo razionale; gli si applica quindi l'universale che avrebbe dovuto conoscere. = Contro ciò è facile avvertire che si considera l'elemento etico come parvenza dell'elemento logico; si parte da ipotesi ripugnante al fatto, perchè non è vero che il delinquente colla espiazione della pena intenda soddisfare al suo razionale; e contraponendo il male della pena al male del delitto si giustifica la vendetta.

138. Del resto se respingiamo le *teorie utilitarie*, la *compensazione*, la *difesa*, la *prevenzione*, l'*intimidazione* e *terrorismo*, siccome quelle che considerano l'uomo come *mezzo* all'utile sociale, non possiamo certo fare buon viso alle teorie *spiritualiste*, perchè, considerando queste il diritto penale immediata derivazione della giustizia assoluta, divinizzano il potere sociale, confondono il delitto col peccato e potrebbero giustificare la massima tirannia, quella religiosa.

CAPITOLO SETTIMO.

LA SCUOLA ECCLETICA FRANCESE.

—

Argomento.

139. Scuola francese: ecclettismo: Rossi.

139. Era necessità secondo il processo del pensiero elevarsi a due principii: la retribuzione *giuridica* e la retribuzione *morale;* giustizia sociale e giustizia divina; interesse, utile comune, e moralità o giustizia assoluta;

quindi procedere all'*ecclettismo*, che è la caratteristica della scuola francese, dietro l'impulso dato da COUSIN.

Non è dubbio che COUSIN, come avverte HÉLIE (*Introduction au traité du droit pénal par* ROSSI), derivava il principio morale da KANT, e dietro lui BROGLIE, ROYER-COLLARD, LUCAS, ed altri contemporanei di PELLEGRINO ROSSI.

« ROSSI segue più davvicino il principio di BROGLIE, col merito singolare della *creazione* di un *completo sistema penale*, in cui profondamente sono studiati e risolti tutti i problemi della scienza » (*idem*, pag. 140).

Due principii, ecco in breve il sistema di ROSSI, sono posti a fondamento del diritto penale: il principio morale, che fa capo al *libero volere dell' individuo*, secondo la sentenza di un vecchio giureconsulto « *Forus conscientiæ est forus veræ iustitiæ* » ed il principio sociale, per cui la pena è un *necessario requisito* per la civile aggregazione: = *legge morale*, come fonte; *utilità sociale*, come principio moderatore. =

La parte più sublime dell' opera del ROSSI è appunto l'*analisi di questo principio morale*, che si identifica colla giustizia sociale, quantunque distinta la sfera di azione.

Qual' è il *fine*, egli domanda, della giustizia morale?... Si è la ristaurazione dell' ordine turbato da un atto immorale.

Ma come si effettua questa ristaurazione?... Mediante l'espiazione del fallo, o la retribuzione con giusta proporzione del male per il male.

Or bene, questo intimo rapporto appartiene a Dio; la giustizia umana non può esercitare la giustizia morale, che secondo *elementi sensibili*, secondo il danno sociale, e secondo la coscienza popolare, il cui sviluppo è relativo *allo stato* d' incivilimento.

Il quale stato costituisce insieme l'*ordine giuridico*, o condizioni necessarie per l'esistenza della società civile; donde i limiti nell'esercizio della giustizia morale = relativa, cioè, agli *atti esterni, che interessano la Società.* =

Concludiamo: Rossi, sulle traccie dei criminalisti già sopra citati, stabilisce il principio ecclettico, cioè: il concorso dei due elementi *giustizia come fonte, utilità sociale come limite.*

La scuola francese fino ai nostri giorni tiene saldi questi principii, ed i principali criminalisti aderiscono alle idee del sommo italiano naturalizzato in Francia; così Rauter (*Traité de Droit criminel*), Bertauld (*Cours de Droit pénal*), Trébutien (*Leçons de Droit criminel*), Ortolan (*Eléments du Droit pénal*); aggiungi a questi l'inglese Lieber che pubblicò il più popolare trattato di diritto penale (*Popular essay on subjects of penal Law*).

CAPITOLO OTTAVO.

CARMIGNANI E LA SCUOLA ITALIANA.

—

Argomento.

140. Carmignani. — 141. Conseguenza dell'esame delle teorie ecclettiche. — 142. Secondo stadio, dell'ecclettismo: stato attuale della scienza.

140. Come la scuola di Pisa fu ed è la prima d'Italia, così non dubitiamo che il più illustre di questa rappresenti ancor meglio il concetto dominante in Italia. Siamo però obbligati ad avvertire che i filosofi italiani e in particolare Rosmini, Tapparelli, Mamiani, aderiscono alle dottrine assolute (Buccellati, *Sommi principii*, n. 62-100)

— Carmignani nato a Pisa nel 1768, pubblicava gli *Elementi* nel 1808, la *Teoria delle leggi civili e della sicurezza sociale* nel 1831, chiudendo la gloriosa sua carriera nel 1840.

Ne' suoi *Elementi di diritto penale* e nella classica opera: *Teoria,* ecc., attingendo alle prime fonti della scienza in Italia, per altra via seguiva la scuola ecclettica, partendo *come principio fondamentale* dalla sicurezza di città, la cui *infrazione costituisce il delitto* (Carmignani, *Elementi di diritto penale.* Malta 1847, tom. I, pag. 43), e ricorrendo alla giustizia come *principio moderatore,* che è quanto dire = il diritto penale effetto della necessità politica governata dall'ordine morale. —

Esclusa ogni ipotesi del contratto sociale, egli riconosce come fonte della legge o dell'ordinamento civile la *volontà collettiva* o *razionale.* « Era perciò necessario che la parte morigerata e più vigorosa dei cittadini riguardasse come *mali politici* tutte le azioni contrarie all'oggetto della società e stabilisse di reprimerle in avvenire come *delitto.* Quindi dalla necessità politica, la quale indusse la sociale volontà ad interdire come delitti alcune umane azioni, derivano le *leggi criminali* » (*idem eod.,* pag. 45).

È bene però avvertire che la voce *politica* da Carmignani è usata in senso ben diverso di quello, che le si attribuisca rigorosamente secondo la sua origine etimologica ed equivale all'ordinamento di città.

Moderatore del principio politico si è la giustizia. « Una forza, la quale non si esercita con altro titolo, che con quello ch'ella trae da sè medesima; come forza non appaga la ragione »... O questa forza si spieghi col titolo dell'utilità, o si spieghi con quello della necessità, converrebbe sempre conoscere che va compagna alla giustizia »... (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale.* Napoli 1846, vol. III, pag. 25).

Così egli spiega l'accordo dei due principii *assoluto* e *relativo*. « Il principio politico, sebbene solo giudice competente a proclamar come offesa sociale un'azione dell'uomo, non ha però uno *sfrenato arbitrio* per farlo. Il *diritto della natura* ad un lato fissa i limiti, oltre ai quali esso non può nè deve trascorrere, e la necessità, in cui esso è di passar nelle mani della *giustizia* le sue creazioni, ond'ella nei particolari casi, che esso volle tener lontani dall'ordine della città, non faccia valer che la legge, l'obbligano dall'altro lato a esprimersi, erigendo un'azione umana in *offesa* con formole esatte, precise, non soggette ad equivoco. Il primo dovere fornisce al principio politico, il criterio onde fissare il generale carattere della offesa, e il secondo fa nascere la necessità di ben definirla » (*idem eod.*, vol. II, pag. 25).

141. Checchè ne sia delle teorie eccletiche, o che partano dalla giustizia per segnare un limite colla utilità sociale (Rossi) o che partano dalla utilità sociale per segnare un limite mediante la giustizia (Carmignani), nella distinzione di questi due elementi, quasi due linee parallele su cui corra la scienza, gli è troppo facile manifestarsi la contraddizione, o per lo meno l'incertezza, non sapendosi a quale dei due dare la prevalenza.

Nè a ciò può valere il criterio di principio *dominante* e di principio *moderatore;* imperocchè il dominante per ciò stesso diventa dominato, quando gli si opponga un limite e viceversa. Così se si deve effettuare la giustizia principio dominante, questa non può patire alcun limite; e là dove questo limite è imposto, la giustizia non è più effettuata, ma l'interesse sociale, principio moderatore.

142. Che cosa era quindi necessario?

Era necessario passare al *secondo stadio* dell'eccletismo; cioè alla *fusione* dei varii principii, elevandosi ad

un ordine superiore, che non fosse esclusivamente giustizia, nè esclusivamente utilità sociale, ma fosse la fusione di questi in un unico concetto, che come capo stipite generasse la nostra scienza; e tale è l'*ordine giuridico*, la cui *libera infrazione* costituisce il reato, mentre la *reintegrazione* ne costituisce la pena (Vedi *Sommi Principii* — *Osservazioni al Progetto* — *Dottrina della pena*).

E siccome, per ragione che non è qui il caso di riferire, la nostra scienza, dalla pena deriva il suo titolo distintivo (*diritto penale*); così è ben giusto, che nel concetto della pena stessa si riconosca il suo principio fondamentale: « reintegrazione dell'ordine giuridico ».

CAPITOLO NONO.

REINTEGRAZIONE DELL'ORDINE GIURIDICO.

—

ARGOMENTO.

143. Ragione della formula usata. — 144. Testimonianza di POLETTI. — 145. Donde la differenza fra il processo della scienza e le asserzioni dei sperimentalisti. — 146. La teoria da noi esposta risponde alla ragione. — 147. Risponde al fatto. — 148. Spiegazione della teoria stessa. — 149. § 1. Perchè abbiamo sostituita la parola *reintegrazione* a *conservazione*. — 150. Principii e fatti, che si presuppongono avanti stabilire la teoria. — 151. Perchè si dice *reintegrazione dell'ordine giuridico* e non *lesione di diritto*. — 152. § 2. Analisi degli elementi. — 153. Quale reintegrazione. — 154. La reintegrazione giuridica aderisce naturalmente alla società. — 155. Epperò distinta non separata dalla reintegrazione morale. — 156. Da chi effettuata — 157. Su chi? — 158. Rapporto della nostra teoria colla teorica dell'emendamento. — 159. Come esercitata; è

ragioni per cui la pena deve risolversi in *restrizione di libertà*. — 160. Conseguenze ed applicazioni. — 161. Accordo della scuola italiana nei principii fondamentali del diritto punitivo.

143. Con questa formola REINTEGRAZIONE DELL'ORDINE GIURIDICO esponiamo il principio che *genera, giustifica* e *governa* il diritto punitivo.

Questa, a nostro avviso, è l'ultima parola della tradizione scientifica: imperocchè al secondo stadio dell'ecclettismo, i varii principii si raggruppano in uno, mediante il retto concepimento di questo ordine giuridico (*Sommi princip.*, loc. cit.).

144. Non è desso un principio astratto di giustizia; e neppure un principio positivo di utilità: esso è il contemperamento e l'accordo di questi due elementi, secondo l'umana natura razionale e fisica. Il quale concetto sintetico fu pure riconosciuto dal POLETTI nel cenno dato come *appendice* all'opera di LOMBROSO (POLETTI, *La teoria della tutela penale esposta nuovamente — Appendice all'uomo delinquente*, pag. 669 e seg.); onde, ordine giuridico « è il concetto sintetico finale, sotto cui l'umana mente raccolse tutti i particolari della scienza penale, dalla quale essi ricevono luce e restano determinati (*idem eod.*, pag. 663) »; e reato è appunto « l'offesa all'esigenza dell'umana natura, all'armonia dell'umana associazione » (*idem eod.*, pag. 684).

145. Dove sarebbe la differenza?

Non nella sintesi *oggettiva* e scientifica: « ridurre i fatti multiformi della materia giuridica penale ad un solo principio (*idem eod.*, pag. 572) », essendo questo un necessario lavoro per costituire la scienza; ma nella sintesi *soggettiva* « nell'opinione degli scrittori, i quali scambiano una funzione soggettiva ordinatrice colla funzione della scienza: pensano d'aver dato assetto alla scienza, perchè hanno dato assetto alle loro idee ».

Lo che avviene appunto a chi batte una *via solitaria*, non a chi per lungo cammino segue il processo del pensiero giuridico, schivo da vane astrazioni, posando solo sopra un'*esigenza razionale e di fatto*.

146. SPIEGAZIONE. — Varcheremmo i confini imposti, se avessimo qui a dimostrare appieno la *razionalità* del nostro principio; giovi perciò richiamare quanto abbiamo largamente esposto nel nostro trattato *Sommi principii di diritto penale*, specialmente dal N. 93 al N. 96 e dal N. 140 al N. 236, dove, come epilogo della dimostrazione, è data a pag. 139 la *tavola sinottica della genealogia del diritto penale*.

147. Quanto alla dimostrazione *positiva* e di *fatto*, oltre quanto è esposto nella stessa opera, N. 237 e seg., richiamiamo le indagini sperimentali a giustificazione della nostra formola, fatte recentemente nell'opera: *Il nihilismo e la ragione del diritto penale* dal N. 146 al N. 253.

148. Supposte queste dimostrazioni, noi dobbiamo qui 1.° rendere ragione della formola oggi usata in confronto alla antica, *conservazione dell'ordine giuridico;* 2.° risolvere ne' suoi *elementi* e spiegare singolarmente i concetti racchiusi nel principio *reintegrazione dell'ordine giuridico;* 3.° dedurre le conseguenze *teoriche-pratiche*.

§ 1. — *Sostituzione della voce reintegrazione a conservazione.*

149. La ricerca della paternità del diritto penale doveva essere *immediata* ed *esclusiva;* orbene, la voce conservazione era troppo lata, comprendendo tutte le *leggi e provvedimenti di buon governo*.

Uopo era dunque, *rapporto alla legge penale*, presupporre il fatto della infrazione; perchè questo solo rende ragione della legge punitiva.

150. Tre principii quindi, sono a dimostrarsi (e noi l'abbiamo fatto altrove) 1.° *origine ed esistenza dell'ordine giuridico;* cfr. specialmente, *Nihilismo e ragione del diritto penale* N. 146-174; 2.° come questo ordine possa *essere infranto*, e il diritto presupponga il torto: *genesi del reato* (op. cit., N. 175-234); 3.° come dato *il torto* per legge istintuale di conservazione vi deva seguire *un possibile raddrizzamento* (op. cit., N. 235-253) o *reintegrazione.*

151. E badate bene, che si dice *reintegrazione dell'ordine giuridico* e non *lesione di diritto*, perchè, se l'azione civile si propone la riparazione del danno e quindi la reintegrazione del diritto privato, l'azione penale non tende all'individuo, ma alla società e considera il fatto come offesa all'istituto, non *soggettivamente*, ma *obiettivamente.* Questo nega ora in Germania pertinacemente il Binding. Egli non distingue fra lesione di diritto e infrazione dell'ordine giuridico: ogni offesa al diritto in genere produce la facoltà (non un *dovere*) di punire. La pena è un male anche per lo Stato, e lo Stato deve sottoporsi a questo male per ovviare a un male maggiore, che procederebbe dalla impunità di un determinato atto. Se da tale impunità non conseguisse un male sì terribile, lo Stato non avrebbe ragione d'incomodarsi a punire (Vedi il *Grundriss,* § 63). La distinzione non è pertanto intrinseca agli atti stessi, ma dipende dalle circostanze sociali: è *accidentale* e *relativa.* — Questo concetto, come in genere il sistema di Binidino conviene alle *contravvenzioni di polizia*, non al reato (Vedi avanti *Definizioni del reato*).

§ 2. — *Analisi degli elementi.*

152. Rispondiamo brevemente alle seguenti domande: 1.° quale reintegrazione?; 2.° Da chi effettuata?; 3.° Su chi?; 4.° Come?

153. *Quale?* Si fa quistione, se in ordine *assoluto* o *morale,* o in ordine *sociale* o *giuridico.*

154. Rispondiamo: che *la reintegrazione deve essere giuridica,* cioè derivata dalla società. Ciò però non esclude che dalla *natura* stessa dell'uomo tragga la sua origine, e dacchè « *unum hoc animal sentit quid sit ordo* » (Cic., *De Off.,* lib. 3.°); e dietro l'istinto di questo ordine costituitasi la società dapprima *in ipso coniugio, proxima in liberis, deinde una domus.... principium urbis et seminarium rei publicæ* (Cic., *De Rep.,* 1, 16), la riconoscono naturalmente questa società i suoi membri: « *homines hominum causa esse genitos ut ipsi inter se alius alii prodesse possint* »; e respingono perciò ogni attacco all'ordine sociale o giuridico, in cui *communitas vitæ quasi continetur* (Cic., loc. cit., cfr. anche il *De legibus,* 1, 10, 29 e seg.).

155. Vi ha *distinzione* fra la reintegrazione giuridica e la morale; ma non *separazione* assoluta, come è impossibile separare l'ordine morale dal sociale; ogni ingiuria è necessariamente peccato, non ogni peccato un'ingiuria.

156. 2.° *Da chi effettuata?*

Dalla *società stessa,* la quale è naturalmente garante del proprio ordine e ad ogni obbligazione corrisponde per legge di natura una facoltà o potere.

Da qui lo scopo della pena, cioè la restaurazione della *coscienza giuridica,* e la proclamazione dell'autorità della legge.

157. 3.° Con ciò abbiamo risposto pure alla terza domanda: *su chi esercitata questa ristaurazione?*

È però bene a tal punto avvertire: che parte della società è pure il reo; ed a questo specialmente debbono essere volte le cure per il ristabilimento dell'ordine; e siccome « *assolver non si può chi non si pente* »; così si procura di ridurre la pena a *sistema penitenziario.*

158. Che se non si raggiunge l'*emendamento*, la è una sventura; ma non è dal successo, che si deriva la legittimità dell'azione (V. avanti *Della pena*).

La pena è volta alla *volontà comune,* ed in particolare a *quella del reo;* ma non è da questa, che deriva la sua ragione. Basta la *capacità in potenza* ad ottenere l'emendamento.

159. 4.° *Come punire?*

Colla *restrizione di libertà*, siccome il mezzo coercitivo più razionale, perchè risponde alla natura del reato *abuso di libertà* (V. avanti *Della pena*), ed alla natura del potere sociale.

§ 3. — *Conseguenze ed applicazioni.*

160. Dalla dimostrazione data del nostro principio deriva la sua *ragione storica;* perocchè in germe traluce egli fin dalla più remota antichità sotto forme diverse di *vendetta*, *difesa*, *composizione,* ecc., ecc., e secondo gli *stadii* sopra avvertiti assume oggi soltanto la sua perfetta determinazione (*Sommi principii di diritto penale,* op. cit., N. 140 e seg.; e *Nihilismo e la ragione del diritto penale*, parte II, cap. I, II e III), e la *ragione ideologica*, rivelando il legame e la distinzione dall'universo scibile (*Sommi principii,* loc. cit.); la sua *relazione* quindi *colla morale, col diritto e colle diverse teorie,* che a questo

principio gradatamente collimano (*Sommi principii*, N. 69 e 135; ed *Osservazioni al Progetto*, N. 692), rappresentando così l'ultimo processo della scienza penale secondo la *sentenza degli scrittori*, la *pubblica coscienza* e *la legge* (*Osservazioni al Progetto*, loc. cit., e *Sommi principii*, N. 237 e seg.).

Da queste logiche conseguenze del nostro principio, deriva praticamente il carattere della legge penale: *moralità* (*Sommi principii*, N. 357-420), *sociabilità* (op. cit., loc. cit., N. 421-448), *universalità* ed *equalità* (op. cit., loc. cit., N. 472-505); e ne deriva la sua *pratica applicazione* nelle singolari disposizioni di un Codice (*Osservazioni al Progetto di Codice penale*, N. 599-692).

Noi crediamo di aver data una completa soluzione del problema, richiamando di necessità altri nostri studii; perchè altrimenti avremmo dovuto rifare un volume soltanto intorno a questo argomento.

La teoria esposta, sotto forma anche diversa, io la credo *universale;* e di ciò sono prova l'ammissione dei principii, che da questa teoria naturalmente derivano.

161. Io non vo' dire che tutti i criminalisti seguano la formola da me usata e meno ancora che ne accettino le singolari dimostrazioni. Parmi però poter dire con sicura coscienza, come già scrivevo all'illustre Lucas (Buccellati, *La scuola francese e la scuola italiana di diritto penale, Mem. Istituto Lombardo 1877*): che la più parte degli italiani convengono (ed è ciò che importa), nelle idee essenziali: 1.° che si faccia centro ad un *principio unico*, che in sè raccolga l'elemento *morale* e *sociale*, giustizia o utilità, la contemplazione del conturbamento *sociale*, e del turbamento *individuale* nella coscienza del reo, l'elemento *soggettivo* ed *oggettivo;* 2.° che da qualunque principio si parta, e qualunque sia la for-

mola di questo, l'*elemento sociale* si manifesti *essenzialmente* nel concetto di reato e di pena; 3.° che la società sia considerata anzitutto come *naturale istituzione*, quale esigenza morale; 4.° che l'organamento giuridico faccia perciò capo alla legge *etica universale;* 5.° che per conseguenza, il reato *oggettivamente* considerato come alterazione dell'ordine giuridico, ognorachè venga imputato ad un individuo, assuma un *carattere soggettivo*, e debba quindi essere retto e giudicato secondo le *leggi universali* che reggono gli atti umani: *libera elezione* — e quindi *responsabilità;* 6.° che questa *libera elezione*, appunto come tale, presupponga la lotta; e quindi la libertà umana non abbiasi a considerare come *assoluta*, cioè non senza *motivi razionali* e senza *cause influenti*, quali sarebbero costituzione fisica, condizioni climatologiche, stato economico, abitudini, instituzioni politiche, ambiente domestico e sociale, ecc.; 7.° che nonostante queste cause, ed anzi più per il concorso stesso di queste, sia a presupporsi l'*attività propria* dell'umano volere, in cui tutte le forze si accentrano, e sia necessaria la *determinazione ultima all'atto;* 8.° che a questo volere (sia pure qualificato sotto la formola *determinazione intelligente*, la quale implica necessariamente il concetto di libertà) deva essere volta la pena, che per ciò provvede anche alla *ristaurazione della coscienza giuridica del reo;* 9.° che siccome moralmente non vi ha ristaurazione o assoluzione possibile, se non mercè il *pentimento*, così anche per la *ristaurazione del torto nella coscienza del reo, sia necessaria la penitenza, d'onde il sistema penitenziario;* 10.° quindi nessuna teoria escluda, o meno ancora ripugni all'*emendamento* possibile del reo, subordinatamente all'*esigenza giuridica*.

CAPITOLO DECIMO.

LO SPERIMENTALISMO DI FRONTE ALLA NOSTRA TEORIA ED ALLA SCIENZA DEL DIRITTO PENALE.

ARGOMENTO.

162. I principii razionali della scuola morale contrastano forse collo sperimentalismo? — 163. Rapporti della ragione col fatto. — 164. Positività razionale della scuola italiana. — 165. Del priorismo avanti allo studio attuale della scienza. — 166. La via di mezzo. — 167. Il penalista obbligato agli studj sperimentali. — 168. Necessità di conciliazione fra sperimentalisti e moralisti. — 169. Concorso delle scienze empiriche e razionali al progresso della nostra scienza e proposte degli sperimentalisti accolte dagli scrittori di diritto penale e dai legislatori. — 170. Proposte *dubbie*, in cui cioè non è unanime l'assenso degli sperimentalisti. — 171. L'accordo non è possibile col materialismo, che schianta alla radice la nostra scienza. — 172. Ciò si prova dagli effetti pratici del materialismo. — 173. Proposte, che ripugnano alle dottrine materialistiche, eppure da materialisti sostenute.

162. Questo processo del pensiero contrasta forse cogli studii sperimentali, o col naturalismo in genere? No davvero; e per me risponda PESSINA (*Il naturalismo e le scienze giuridiche,* discorso letto nell'Università di Napoli, 17 dicembre 1878).

163. Qui basti notare: che la nostra teoria è pure fondata sul *fatto.* Imperocchè se il magistero penale ha il *fondamento di sua legittimità nella legge suprema dell'ordine* (CARRARA), quest'ordine si risolve a sua volta anche nell'istinto animale.

164. Non è dunque una vana astrazione il punto di partenza della nostra teoria; egli è un fatto illustrato dalla

ragione secondo l'*indole positiva* degli Italiani, che ancor prima di Cicerone si manifesta nelle antiche tradizioni pitagoriche (*Nihilismo e ragione del diritto penale,* N. 102 e seg.).

165. Non nego che vi corressero di mezzo per lungo tempo le astrazioni meramente metafisiche, le quali presupponendo esclusivamente un principio razionale, o una sentenza di un filosofo, subordinavano a questi il fatto.

166. Fra le due schiere dei combattenti, l'una che limita il suo orizzonte alla materia, l'altra che dalla materia ci ritorna allo spirito, e ciò secondo la distinzione del nostro fisiologo Tomasi (*Fisiologia, Prologo,* sez. III, cap. II *Vita ed organismo*), non v'ha dubbio doversi prescegliere la seconda, la quale, se mal non m'appongo, rappresenta realmente l'ultima parola della scuola più illustre sperimentalista, l'inglese (V. discorso inaugurale di B.: *Università degli studii*).

167. Con tali convinzioni ci siamo dati non solo allo studio, per quanto ci era concesso, delle scienze fisiche, che avessero maggior rapporto col diritto punitivo, ma, trepidanti come l'ultimo degli scolari, abbiamo anche frequentato qualche clinica, ed interessato nelle nostre ricerche illustri professori, a cui serberemo sempre riconoscenza.

Entrati per questa via, ben lontani dal combattere a priori lo sperimentalismo, riconoscenti attendiamo i suoi responsi, dappoichè « tutto ciò che è un fatto reale è accettato completamente » (Canonico, *Il diritto e la libertà del volere*. Torino 1875, pag. 22).

168. Questo tributo reso allo sperimentalismo dai filosofi giuristi dovrebbe consigliare i cultori delle scienze mediche a fare altrettanto rispetto ai supposti avversarii.

Solo a questo patto può progredire la scienza. La *separazione assoluta* conduce ad errori, ad assurdi.

Per quell'armonia arcana che vi ha fra lo spirito e la materia, al progresso delle scienze empiriche concorrono le razionali e viceversa; di guisa che la ragione e l'esperienza, lo studio del fisico e del morale danno impulso allo stesso moto progressivo verso una meta comune, il *benessere dell'umanità.*

Quando l'uno di questi elementi sia trascurato, le riforme sono incomplete; l'*esclusività* sia dello spiritualismo che dello sperimentalismo conduce all'assurdo; onde la necessità nel criminalista di raccomandarsi ad un sistema *razionale empirico.*

109. Il quale indirizzo appunto, come sopra si è avvertito, è seguito ormai da tutti i cultori della scienza penale.

Lo che vi spiega, o psichiatri, l'applauso di questi alle vostre proposte. *Vostre,* dico, non perchè esclusivamente nate dalla vostra scienza, ma perchè da voi principalmente propugnate.

1.° Così, dietro vostro impulso, tutti i criminalisti convengono di stabilire nella scala penale la massima *latitudine,* secondo il progetto olandese, appunto per la necessità di tener calcolo *a priori* di tutte le circostanze intrinseche od estrinseche, che influiscono sulla libertà di elezione o sulla imputabilità.

2.° Dietro l'insegnamento degli alienisti è respinta oggi la formola *descrittiva* per l'esclusione dell'imputabilità, ed è ammessa una *formola generale* comprensiva indistintamente di tutte le forme morbose dello spirito.

3.° Sono vivamente raccomandati i *manicomii criminali.*

4.° È concessa *massima facoltà ai medici* per la cura igienica delle carceri, specialmente rispetto al carcere cellulare.

5.° Ai *periti* è riservata l'autorità di giudicare dello stato mentale degli imputati; e sulla loro autorità si provoca, per quanto è possibile, la revisione dei processi, ed anche la scarcerazione.

6.° Riconosciuti i frequenti errori dei giurati intorno ai verdetti sulle malattie mentali, si va studiando una *formola relativa all'imputabilità*, che meglio risponda al criterio popolare.

7.° Si accolgono anche con riverenza quelle radicali riforme, che verrebbero non ad abolire, ma a trasformare essenzialmente questa istituzione anglo-francese.

170. Sonvi altre questioni intorno alle quali non è completo l'accordo, così della *imputabilità parziale* e della *pazzia morale*.

Ma quanto alla prima è facile vedere che divise sono le scuole anche fra gli sperimentalisti: non è dunque a maravigliarsi, che la divisione vi sia pure fra i penalisti.

Altrettanto si dica della *pazzia morale* o *ragionante*.

Del resto in tali quistioni mi pare che vi sia equivoco nell'uso delle parole.

Rispetto alla *pazzia parziale* sta pure teoricamente quanto dice Tamassia « pazzia ed imputabilità essere assolutamente inconciliabili »; ma regge anche praticamente l'incertezza degli stessi medici alienisti; dacchè consta, come dice Verga (*I medici alienisti e le Corti di assisie*. Milano 1873) « che i perfettamente pazzi e i perfettamente ragionevoli sono molto più rari di quelli, che non offrono nè pazzia, nè ragione intera ». (V. avanti: *graduazione dell'imputabilità*).

Così, rispetto alla *pazzia morale*, se si ammettono i caratteri differenziali fra pazzia morale e la morale depravazione, specialmente mercè una diagnosi retrospettiva di alienazione mentale, potremmo ammettere la *paralisi*

del senso morale. (V. avanti: *cause, che influiscono sulla imputabilità — pazzia*).

171. Giudicando dunque dagli effetti la causa, non dubitiamo dichiarare pieno l'accordo del razionalismo collo sperimentalismo, dei cultori delle scienze morali e delle scienze sperimentali. Dove l'accordo non è possibile, si è col materialismo puro o tedesco, come lo caratterizza Tomasi dalla sua origine; i cui frutti sono la *negazione* della scienza come sopra si è dimostrato, e lo *scetticismo pratico* (V. per lo sviluppo e le fonti di queste varie dottrine *Il Nihilismo e la ragione del diritto penale* dal N. 110-112).

172. Da ciò procede che le riforme proprie della scuola materialista si riferiscono solo alla demolizione; onde a lei si convengono soltanto la noncuranza morale del reo *necessariamente* criminoso, l'esclusione assoluta dell'*emenda* nella pena, la demolizione dei *patronati e riformatorii* come oggi sussistono, la negazione *dell'equità* e della *coscienza morale* a temperamento del crudo diritto, quindi l'*abolizione del diritto di grazia,* dei *giudizii popolari* e di *altre guarentigie a tutela del reo.*

173. Queste sono di fatto le riforme proposte da Lombroso; tutte le altre propugnate sono idee prese a prestito dalla scienza, le quali, ben lontane dal derivare dalle sue dottrine, vi ripugnano direttamente; come sarebbero l'*abolizione della pena di morte*, la *mitezza delle pene,* e via dicendo.

CAPITOLO UNDICESIMO.

CONCLUSIONE.

ARGOMENTO.

174. Conclusione relativa alla nuova scuola. — 175. Si spiega il processo e la facile diffusione delle nuove dottrine.

174. Dallo studio fatto delle varie teorie con speciale riguardo alle dottrine della nuova scuola, è facile vedere: come questa, aberrando da ogni tradizione scientifica, non che favorire il progresso della nostra scienza, tende a demolirla (*Nihilismo e ragione del diritto penale,* passim.).

175. Ma come mai questa nuova scuola demolitrice ha potuto trovare fervorosi seguaci specialmente in Italia?

Io credo che ciò si debba attribuire al disprezzo delle scienze morali ed allo scetticismo, che fatalmente ci ammorba.

Vi fu l'ardito novatore, che usufruttò di questa disgraziata condizione dei nostri studii, e, divorziando dalla filosofia, pensò restaurare la nostra scienza coi materiali delle discipline mediche.

Parve progresso seguire la nuova bandiera, la quale, deviando dall'antico patrimonio scientifico, il cui acquisto importa lunga fatica, riusciva anche più facile e fosforescente per la novità.

È naturale quindi, che il giovane rimanesse sedotto all'apparire di questa parvenza di genio.

Vi si aggiunse anche l'uomo maturo: o nullità, che di vane frasi pasciuta, senza convincimento di sorta, ripete

l'ultimo salmo della piazza indifferentemente o a Cristo o al Diavolo; o vecchio maestro, che infastidito della ingrata società, accetta le nuove dottrine in odio solo delle antiche a lui infruttifere; o magistrato che pauroso anzitutto di apparir codino, facile ad adagiarsi alle circostanze inneggia alla moda...; con questa compagnia la turba giovanile acquistò importanza e fu rumorosamente proclamato il rinnovamento della nostra scienza.

Noi però siamo convinti che le sono queste stelle cadenti, che hanno solo la parvenza del genio.

Il vero genio non si impone violentemente alla scienza, ma procedendo modestamente senza coscienza della sua virtù, raccoglie fedelmente in sè stesso la sintesi delle idee dominanti, e da questa naturalmente deriva nuova luce allo scibile umano; così fecero GALILEO e VOLTA nelle scienze fisiche, ROSSINI nella musica, MANZONI nelle lettere.

BECCARIA, il cui modesto opuscolo fu vera luce, non per la novità delle idee, ma per la felice sintesi di quanto era già variamente diffusa nella pubblica coscienza, fu il vero genio della nostra scienza, e noi dobbiamo essere animati dalla sola ambizione nobilissima, quella di appartenere alla sua schiera con *razionabile ossequio.*

TRATTATO TERZO.

DEL REATO IN GENERE.

CAPITOLO PRIMO.

QUÆSTIO NOMINIS.

ARGOMENTO.

176. Studio etimologico della voce usata, per indicare il genere dell'infrazione giuridica. — 177. Derivazione della voce delitto: ristaurazione del primitivo significato di *delitto* e *maleficio*. — 178. Origine della voce *crimine*. — 179. Progressivo significato di questa voce. — 180. Studio della parola *reatus* e d'altre voci affini.

176. Le parole non sono a caso, ma serbano il *primitivo concetto della cosa* (VICO); ond'è che noi ci sentiamo obbligati a rendere ragione della voce *reato*, prescelta, per *indicare il genere delle infrazioni giuridiche*, vocabolo tecnico tutto particolare del linguaggio scientifico italiano. — Gli stranieri ce lo invidiano questo vocabolo, con « cui noi possiamo senza equivoco veruno designare in generale ogni libera infrazione dell'ordine giuridico » (cfr. « *Projecto del Código penal italiano* » [del 1876]: traduccion por D. ROMÉRO y GIRON: p. 18 in nota).

177. Se fosse però lecito trascurare l'uso comune, che è la prima legge in lingua, ameremmo scegliere la voce *delitto* ad indicare il genere (*Cod. Toscano*), la cui derivazione etimologica a *delinquo quod est deficere* (FORCELLINI), non lascia dubbio, e dimostra realmente il *mancamento*, o, come nota acutamente ORTOLAN, la *deviazione dalla via retta a tutti determinata*; donde anche in tedesco UNRECHT o torto.

E meglio ancora, se in lingua fosse lecita una radicale innovazione, noi sulle traccie antiche vorremmo prescelta ad indicare l'*infrazione* la voce *maleficio* e la voce *delitto* per la *contravvenzione*. A ciò ci autorizzerebbe l'uso antico.

178. Nè ci appare difficile la derivazione di altra voce, *crimine*.

Secondo VICO, nelle lingue primitive specialmente, si manifesterebbe la metafora o l'espressione di concetti astratti dagli *effetti sensibili*; orbene ciò converrebbe alla parola *crimine* da *κρίνω* (*κρῖμα iudicium*) che significa *secernere* o vagliare, in cui sta appunto l'azione del giudice.

179. La voce quindi *crimen* indicava dapprima l'*esame di un fatto*, per dedurne un giudizio; poi lo *stato d'accusa: in crimen vocare*; finalmente l'infrazione stessa giuridica: *damnari aliquo crimine*, e presso noi la massima infrazione, come la media è indicata colla voce *delitto*, e la minima col distintivo *contravvenzione di polizia*.

180. Maggior studio si merita la voce *reato*, che *determina il genere*, ed è l'*oggetto* speciale di questo trattato.

Altrevolte noi (*Guida*, ecc., vol. II, p. 33) non abbiamo dubitato derivare questa parola da *reor ratus*, quasi *creduto* od *imputato*; indicando appunto una presunzione, *status*, come dice FORCELLINI, *quo reus nec absolutus nec*

damnatus; donde le espressioni *esse in reatu, facere reum, referre, recipere inter reos,* per indicare lo stato di accusa.

Questa derivazione però (pure accolta dal CARRARA, *Programma, Parte Generale,* I, 50, e dallo ZUPPETTA, *Corso,* ecc., 2, 201 sq.) non basta a dichiarare tutti i significati di *reus* nella favella latina e poi incontra difficoltà si gravi tanto fonetiche, che morfologiche da disperarne la soluzione.

Per tali ragioni mi parve assai preferibile l'etimologia dal tema di *re-s,* non ignota agli stessi grammatici romani, e confortata anche da altri argomenti, come esporrò brevemente.

Res non ha nulla a che fare col greco *ῥὴν* come vuole ZUPPETTA: questa voce deriva dalla feconda radice *√var* [**vārn-*vrān-* cf. *ἀρν-ο-ς*], che in latino ci diede, a tacer d'altro, *uellus*. *Re-s* va messa a confronto col tema sanscrito *rāi-* (cosa, patrimonio, ricchezza). Da questo tema *reus* **raj-a-s* deriva affatto normalmente mediante il suffisso *-a-*: non meno probabile è la derivazione col suffisso *-ja-* **rai-ja-s* cf. *daiv-a-s = deus.*

Nè altro è l'uso primitivo di *reus* che quello di « tenuto a *prestare la cosa* ». Ciò provano formole antichissime, come *reus stipulandi, reus promittendi* e perfino nel diritto pontificale *reus uoti* (VERG., *Æn.,* 5, 237). Nella vetusta forma di procedura per *sacramentum,* siccome ognuna delle due parti deponeva la cosa (prima bestiame, poi denaro) *in sacro* e ciascuna poteva essere condannata a perderla, il nome di *reus* era comune all'attore e al convenuto (KELLER, *Röm. Civilprozess.,* 6 ed. p. 55). Più tardi tal nome fu ristretto al convenuto, essendo andata in disuso, almeno per la maggior parte de' casi, la formalità del *sacramentum.* Se pensiamo poi come in moltissimi casi

anche il processo per delitti (furto, rapina, ingiuria, danno ingiusto, ferimenti, ecc.) fosse sotto la repubblica un processo civile e come solo ai tempi degl'imperatori invalesse l'*extraordinaria cognitio*, sarà chiaro come *reus* passasse a indicare anche il convenuto in via criminale.

Non possiamo finalmente trascurare le analogie germaniche. Poichè, come osserva in proposito il prof. BUGGEN in una sua lettera al CURTIUS (*Studien*, 4, 205 sq.), sono numerose e rilevanti le relazioni, che corrono fra il linguaggio giuridico de' Germani e de' Latini. Cf. p. e. l'uso di *tag* nella procedura tedesca con quello di *dies* nella latina; *mun-d* e *manus; uas uadimonium* col gotico *vadi*. Ora *reo* diceasi in gotico *sek-r* [**sak-ja-s*] evidentemente da *säk* = *cosa*.

Altre voci latine sono *maleficium*, *flagitium*, *scelus*, *fraus* (nel prisco latino), *facinus*, ecc.

La prima non abbisogna di spiegazione. Avvertiamo soltanto come nella prisca terminologia *maleficium* indichi il *reato di commissione* di fronte a *delictum*, che indica il *reato di ommissione*.

Flagitium è d'origine oscura, benchè non debba separarsi da *fla-g-ellum af-fli-g-ere* e *fla-g-itare* (gr. θλά-ω).

Scelus dalla radice *skhal* (nell'India per nota equazione anche *k'hal*) « cadere, sdrucciolare » si spiega facilmente. « *Scel-us* » vorebbe dire « caduta, mancamento » e come tale si può raffrontare benissimo a *delic-tum*. Il tedesco *schul-d* (colpa) ha la stessa origine, come aveva pure una volta lo stesso significato.

Fraus nel prisco latino significa « colpa, delitto ». *Colpa*, come nella famosa clausola « *se fraude esto* » (*sine culpa sit*) — *delitto* come nella espressione tecnica « *capitalis fraus* » = delitto capitale (VOIGT, *Zwölf Tafeln*., II, 781). La radice è probabilmente *dhru* (POTT, *Wurzelwörter-*

buch, I, 1092. CURTIUS, *Grundzüge*, p. 223) col significato di « danneggiare, rompere » (cfr. anche gr.. *θραύ-ω* e *frus-tum*, *frus-tra*).

Facinus per sè significa (da *fac-ere*) soltanto « fatto, impresa ». Prevalentemente però si usa nella latinità classica nel senso di « opera delittuosa ». Una completa analogia offrirebbe *crimen* se derivasse davvero, come il PICTET vuole, dalla radice *kar* (*fare* cfr. sanscrito *kar-man*), radice che in latino ci ha dato fra l'altre voci *cre-o* (faccio) *cer-i-mon-ia* (azione sacra scr. *krī-ya-*), ecc.

In tedesco il reato si chiama specialmente *Verbrechen* e *Vergehen*.

Vergehen vuol dire « sviamento » (come verbo « andar fuor di strada ») e come tale ha le analogie latine di *delictum* e di *scelus*.

Verbrechen vuol dire « rottura, spezzamento » e come tale ha l'analogia latina di « *fraus* (gr. *θραύ-ω*) ».

Missthat è il più esatto corrispondente di « *maleficium* ».

Le voci francesi e spagnole per la loro affinità radicale colle nostre non abbisognano di particolare spiegazione.

Per le spagnole poi vedi quella nota del ROMERO, che abbiamo citato. In quanto alle voci inglesi (cf. HARRIS, *Principles*, c. 2.) notiamo specialmente:

Crime: *offence* [reato sottomesso a procedura sommaria]: *felony* [da *fee* (feudo) e *lon* (mercede) cfr. HARRIS l. c.], che designa i più gravi reati contro i beni o le persone: *misdemeanor* [letteralmente « cattivo portamento »: « *bad behaviour* », come spiega lo STEPHEN *General view*, p. 145] è voce di senso generale e s'usa come sinonimo di *crime*.

CAPITOLO SECONDO.

DEFINIZIONE.

—

BIBLIOGRAFIA.

Stübel, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen* (Sui costitutivi del reato). 1805. — Birtbaum, *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens* (Intorno all'infrazione del diritto come costitutivo del concetto di reato). 1834. — Luden, *Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte*, Abhandl. II, 1 f. (Sui costitutivi del reato secondo il diritto comune tedesco). 1840. — Berner, *Ueber den Begriff des Verbrechens* (Sul concetto di reato). 1849. — Geyer, *Ueb. d. Begriff d. V.* 1862. — Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung* (Le norme e la loro infrazione). 2 volumi. — Haelschner, *Die Lehre vom Unrecht* (La teorica del torto) *Gerichtssaal*, 21, 11 f. e 81 f. — Ihering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (Il momento colposo nel diritto privato romano; importante anche al penalista). 1867.

Argomento.

181. Processo mentale per la giusta nozione del reato. — 182. Concetto vago di questo nell'antichità. — 183. Nozione data dai primi trattatisti. — 184. Definizione data da Cremani. — 185. Ragione della definizione positiva. — 186. Necessità di elevarsi ad una definizione razionale. — 187. Via seguita in proposito. — 188. Accordo degli autori in alcuni principii generali per la definizione del reato. — 189. *Libera infrazione dell'ordine giuridico.* — 190. *Libera.* — 191. *Infrazione.* — 192. *Ordine giuridico* non *politico.* — 193. Distinzione fra lesione di ordine giuridico e lesione di diritto. —

181. La ricerca fatta intorno alle voci, che servono ad indicare il misfatto legale, potrebbe apparire soverchia, se non servisse a manifestare il processo evolutivo dell'oggetto di nostra scienza.

La *precisa figura giuridica del reato*, è solo l'effetto di gravi studii filosofici intorno al diritto; epperò noi abbiamo notato, che anticamente si avvertiva piuttosto al fatto dell'azione penale, che all'entità dell'atto. Questa non poteva determinarsi con precisione, se non dopo che la scuola seppe partire dalla giusta idea di ordine giuridico, e della umana libertà di fronte a questo ordine.

182. Quando *dogmaticamente* imperava il diritto penale, bastava il *fatto dell'accusa* a dare esistenza *reale* ad un reato; quindi il concetto di questo era presupposto nei termini più generali e si divagava per ciò in vasta sinonimia, confondendosi ogni specie di misfatto sia *morale* (*peccato*) sia *civile* (*contravvenzione*) col reato propriamente detto, che è la risultante del disordine etico e politico. Questo difetto di esattezza fu causa di difficile sinonimia (CARMIGNANI, *Elem.*, ecc.); in modo che i Romani indistintamente usavano negli ultimi tempi le voci *crimen, facinus, noxa, scelus, flagitium, iniuria, maleficium, delictum, reatus, fraus, peccatum.*

183. In tale stato di cose era naturale: che anche i trattatisti fino all'aprirsi della nuova epoca razionale limitassero il concetto del reato *alla offesa della legge*: ed era ancor molto, se introducendo l'elemento volitivo, provvedessero alla *distinzione* degli *atti esecutivi*, come fa CREMANI; il quale, ultimo rappresentante dell'antica

scuola, sentiva a suo dispetto l'influenza de' suoi contemporanei **Beccaria** e **Romagnosi**.

184. « Omne factum *voluntarie* ab homine *susceptum perfectumve*, aut etiam *ommissum* in *contemptionem* huiusce obligationis seu legis a summa ac legitima potestate propositæ dicitur *delictum* ».

In questa nozione descrittiva del nostro predecessore (Cremani, *de jure criminali:* in principio) abbiamo l'elemento morale *voluntarie* e l'elemento materiale nel suo vario ordine, *tentativo* e *reato consumato*, reato di *azione* e di *inazione;* ma il concetto *razionale* non vi ha, perchè da ultimo ci dice « è delitto quello che la legge dichiara delitto »; lo che è circolo vizioso, sarebbe come dire: « l'oppio fa dormire, perchè ha la forza dormitiva » (Franck, *Philosophie du droit pénal*, pag. 131).

185. Questa definizione, *retta* e *conseguente* in ordine positivo, perchè si sa che cosa è legge, e quale la pena (Romagnosi e Rossi), è assurda e pericolosa per il filosofo.

186. È necessario dunque, per estrarre il diritto penale dall'ordine positivo, salire di un gradino oltre la legge, e trovare *idealmente* la figura del reato, che poi il legislatore introduce nel Codice.

187. Ciascuno per ciò fece capo alla propria teoria, e da questa derivarono i varii *elementi* dell'atto delittuoso, cioè la *violazione dell'ordine divino* od *assoluto*, o quello dell'*ordine umano* e *relativo*, l'*offesa all'ordine sociale* o a *quello della maggioranza*, il *danno materiale* o un *provvedimento per la sicurezza* avvenire, la *mancanza ad un dovere* più o meno *esigibile*, e finalmente *la violazione del diritto* o meglio dell'*ordine giuridico*.

188. In questo processo ed attrito di idee si accordarono le scuole sopra alcuni punti, che sono raccolti nel Manuale di Holtzendorff, (vol. II, pag. 72): « *a*) nessun

fatto, nessun reato; *b*) nessuna violazione di diritto, nessun reato; *c*) nessuna minaccia di pena, nessun reato; *d*) nessuna colpa volontaria, nessun reato ».

Veramente la minaccia della pena è un fatto che tien dietro solo in ordine positivo; gli altri tre requisiti però sono razionalmente necessarii a stabilire il concetto di reato.

189. Dietro questa norma perciò noi abbiamo definito il reato *libera infrazione dell'ordine giuridico.*

190. *Libera.* La volontà è potenza attiva, che si determina ad operare secondo le ragioni, che l'uomo si propone: non *atto umano* quindi senza preesistente idea: *nil volitum, quin præcognitum.*

Noi quindi col riferirci alla *libertà individuale* (della cui esistenza daremo più avanti la dimostrazione), intendiamo segnare l'*estremo punto,* in cui si completi l'elemento morale, presupponendosi retro quel lungo ordine di fatti psichici e intellettuali, i quali conducono naturalmente l'individuo alla *effettiva determinazione.*

191. *Infrazione.* In modo *sensibile* (*infrangere, rompere*) si manifesta la lesione dell'ordine giuridico; affinchè si riveli con maggiore evidenza l'elemento materiale del reato, la *estrinsecazione di un pensiero nocivo altrui.*

Il pravo pensiero e la volontà che vi aderisca, sono un'immoralità, non mai un delitto « *cogitationis pœnam nemo patitur* » (ULP.).

192. *Ordine giuridico.* Questo come sopra si vide, deriva alla sua volta dall'ordine *morale* o *divino;* epperò sta il principio: che ogni *reato* deve essere prima *peccato,* come circolo minore, che si includa in circolo maggiore: non ogni *peccato* però sarà *ingiuria.* (V. retro: *teorie,* ecc.).

Diciamo poi *ordine giuridico* e non *politico,* perchè ben si distinguano le esigenze naturali che sorgono dal con-

sorzio civile (eppereiò sono connaturali all'uomo, la cui caratteristica è appunto, secondo ROMAGNOSI, di essere in confronto agli altri animali un *essere civile*, o meglio secondo CARRARA, un *essere giuridico*) dalle esigenze speciali a ciascun Stato per la sua *figurazione politica*. Queste faranno parte dell'ordine positivo, non mai dell'ordine razionale o filosofico (Vedi avanti: *reati politici*), se non in quanto questi istituti siano *essenzialmente necessarii* all'esistenza della società civile, che preesiste allo Stato: distinzione questa nella pratica difficilissima, per cui alcuni autori non dubitarono di pretermettere questa classe di reati, quale ente fittizio creato solo dall'interesse della maggioranza (Vedi avanti: *reati contro lo Stato*).

193. Ciò poi che più importa, si è di stabilire nettamente la differenza fra *lesione di diritto* (frase usata pur oggi di frequente per indicare il reato) e *lesione giuridica* (Vedi retro N. 151).

Il debitore che non paga, *lede un diritto;* il padre, che non educa la prole, *manca ad un dovere esigibile;* epperò i tribunali, obbligheranno l'uno a soddisfare il proprio debito, l'altro a prestare le cure convenienti alla propria prole: perchè non si applicheranno subito loro le pene? Per la presunzione: che nè l'uno ha disconosciuto il diritto di obbligazione, nè l'altro il dovere paterno; ed illuminati dalla sentenza del giudice vi ha ragione a credere, che si rimettano in carreggiata. Che se invece si oppongano avvertitamente alla legge con uno di quei fatti, che sono a questo scopo designati dal Codice, cioè il debitore con un *falso* e l'altro *coll' abbandono di un infante,* allora l'istituto giuridico è realmente leso con *diretta intenzione,* e vi ha *reato.*

194. Dalla data definizione procedono tre conseguenze:

1.° Che il diritto penale è necessariamente *sanzio-*

natorio, presuppone cioè la determinazione di diritto. « Il Codice, come avverte acutamente BINDING (*Die Normen und ihre Uebertretung*, pag. 132 e segg.), non dice: *non si deve uccidere;* ma invece: *chi commette un omicidio sarà punito.* Ora la norma che vieta l'omicidio, e fa di questo un atto contrario al diritto, non appartiene alla legge penale nella forma, in cui è concepita modernamente. Quindi il reato non è per vero dire *violazione della legge penale;* bensì la violazione della norma, a tutela della quale è stabilita una sanzione penale, e cotesta sanzione è l'unico contenuto della legge punitiva.

2.° « Per costituire il reato si richiede *maligno proposito* (Cod. austr.). Quando questa dichiarazione non fosse espressa in un Codice, essa deve supporsi; perchè reati in senso proprio (non le contravvenzioni) esigono *pravità di intenzione.*

3.° Oltre a ciò è bene avvertire, che coll'espressione *ordine giuridico* si mantiene al reato il suo carattere *pubblico* o *sociale*, si giustifica l'*accusa* in via ordinaria *appartenente ad un rappresentante della società* (Vedi retro N. 151). Ben diversa opinione porta il BINDING: per lui ogni *torto*, ogni violazione di *norma* è ugualmente di carattere pubblico e tende ugualmente a infrangere l'ordine giuridico. « Ogni torto pertanto è punibile; la *punibilità* non è però *esigenza di pena.* Ond'è che il diritto positivo fa spessissimo e troppo spesso astrazione da questa punibilità per ragioni storiche od estrinseche di carattere politico. Tuttavia è in potere del legislatore dichiarare oggi da punirsi l'atto che jeri non l'era, senza che per questo chi jeri l'ha commesso abbia un diritto acquisito alla impunità » (Vedi *Normen*, I, § 15-23 e II, § 60 sq.).

195. Quelli, come HOLTZENDOFF (*Hand.*, pag. 89), che hanno definito il reato *lesione di diritto*, per distinguere

poi l'*ingiuria civile* (*Bürgerliches Unrecht*) dalla penale, hanno dovuto aggiungere l'espressione *minacciata dalla pena,* la quale ci avvolge in circolo vizioso; perchè resta appunto a vedersi quale atto debba essere minacciato dalla pena.

196. Dalla data definizione derivano i due elementi del reato: 1.° cioè l'*elemento morale* o la libertà dell'agente: 2.° l'*elemento materiale* o un'azione esterna.

197. *Quid delle infrazioni meramente politiche?*

Queste in quanto non affettano nella sua vita intima, lo Stato (Vedi retro N. 192), e sono soltanto provvedimenti della legge di città per l'ordine pubblico, come a mo' d'esempio, l'*accattonaggio,* il *vagabondaggio,* il *porto d'armi,* ecc., solo impropriamente si dicono reati; epperò appartengono alle *contravvenzioni di polizia,* le quali non dovrebbero far parte di un Codice penale, sibbene di un Codice di polizia, la cui ragione è la giustizia preventiva non la repressiva.

Quid delle infrazioni meramente morali o *religiose?*

Anche queste di loro natura non sarebbero reati, ma solamente peccati.

Siccome però la morale e la religione sono un elemento vitale per gli Stati, così relativamente a questi potrebbe la immoralità e la irreligione assumere il carattere di reato. Per questa ragione Berner, secondo le leggi prussiane, definisce il delitto « qualunque specie di azione immorale, per cui l'individuo si rivolta alla volontà comune, per ciò che attacca un pubblico o privato diritto, ed anche la religione o la morale, per quanto siano questi due elementi necessarii alla conservazione dello Stato ».

Ciò però riguarda l'ordine positivo di ciascun Stato e determina appunto *la relativa differenza* dei diversi Codici di fronte al Codice comune, che ci è dato dalla scienza.

(Vedi avanti *Distinzione del reato e reati contro la libertà di coscienza e contro la religione*).

198. Nel diritto romano primitivo il *delitto* che appartiene al diritto criminale (*capitalis fraus* a differenza di quello che si riferiva al diritto civile) è la lesione dell' « *utilitas publica populi Romani Quiritium* ». E per vero un duplice elemento si richiedeva: *a*) il dolo; *b*) la lesione di un eminente interesse dello Stato.

Offendendo un tale interesse il reato può benissimo offendere al tempo stesso la religione o i privati; ma l'interesse pubblico prevale sempre. Questo concetto (cfr. VOIGT, *Zwölf Tafeln*, II, 782), che risponde pienamente allo sviluppo storico del diritto penale, si allargò successivamente e in ispecie sotto l'impero, quando lo Stato avocò a sè la repressione di molti delitti, che prima non eccedevano la sfera del diritto privato. Ma appunto per questo il reato non potè essere definito che storicamente e positivamente; dacchè non s'era ancora pervenuti a una nozione razionale di esso. I giuristi romani evitano studiosamente di venire a una tale definizione e perfino la parafrasi greca delle Istituzioni sì ricca di definizioni qui lascia bruscamente deluso il lettore (Par. 4, 1 pr.).

Come prova di questa indeterminatezza di concetto, a giudicare dai frammenti rimastici, si potrebbero addurre i *libri quattuor de pœnis* di MODESTINO e Ὀποινάλιος di CUBIDIO. I quali scrissero trattati di diritto punitivo, mettendo a base del loro studio la *pena* anzichè il reato, di cui non potevano precisare l'indole. E scrissero pertanto « *intorno agli atti che la legge punisce* ».

Parimenti nell'odierna Inghilterra si ritiene che la voce reato « sia suscettibile piuttosto di descrizione che di definizione » (HARRIS, *Principles*, pag. 1) e lo si definisce: « un atto di disubbidienza alla legge proibito sotto pena ». (*ibid.*).

CAPITOLO TERZO.

DISTINZIONE DEL REATO.

—

BIBLIOGRAFIA.

Cucumus, *Ueber die Eintheilung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen* (Sulla distinzione di crimine, reato e contravvenzione). Würzburg 1823. — V. Maurer, *Dreitheilung der strafbaren Handlungen* (Tripartizione delle azioni punibili). Molti articoli in riviste tedesche citansi nell'*Handbuch* Holtzendorffiano, 2, 99.

Argomento.

se direttamente il *cittadino*, *privato*. — 222. Reati *lievi*, *gravi*, *gravissimi*. — 223. Reati *civili*, *militari*, *ecclesiastici*. — 224. Reati *straordinarii* ed *ordinarii*. — 225. Distinzione dedotta dalla moltiplicità degli atti (*semplici* e *complessi*); dal tempo (*istantanei* e *continui*), dal dolo (di *impeto* e di *proposito*); dalle circostanze (*semplici* e *qualificati*). — 226. *Delicta iuris civilis et iuris gentium*. — 227. Reati *determinati* ed *indeterminati*; distinzione secondo il Codice: *Crimini*, *delitti* e *contravvenzioni*. — 228. Diritto Romano.

199. Dalla nozione sia razionale che positiva del reato deriva la necessità anzitutto di distinguere questo da altri *concetti affini*, derivanti da un comune capo stipite.

200. Il padre comune è *misfatto* o *negazione dell'atto creativo* (Gioberti, *Prolegomeni*), che indica un *disordine qualunque;* se questo affetta l'organamento morale o religioso, abbiamo il *peccato;* se semplicemente il politico, abbiamo la *contravvenzione,* se il giuridico, abbiamo il *reato.*

201. Una *separazione* assoluta idealmente non può darsi; perchè l'introduzione dell'*elemento morale e politico* nella vita giuridica è una *esigenza razionale;* bisogna perciò acutamente discernere quanto di questi due elementi entri nel patrimonio del diritto.

202. Veramente, come sopra si è avvertito, tale compito è sopratutto di *ordine positivo* e determina appunto le differenze dei Codici secondo la configurazione dei varii Stati. Così in un governo teocratico, avrà gran parte l'elemento religioso, come in un governo assoluto avrà gran parte l'elemento politico.

203. Qui osserviamo solo *razionalmente:* che in uno stato organato a giustizia, deve gradatamente menomare questa influenza, la quale potrebbe per avventura autorizzare la tirannia sia religiosa che civile.

204. Ciò preposto, notiamo la differenza fra *peccato* e *reato:* il primo si riferisce alla coscienza ed appartiene

al foro interno; il secondo si riferisce alla società, ed appartiene al foro esterno; quindi il pensiero o un atto libero della volontà ponno essere peccato; mentre non può essere reato altro che l'estrinsecazione del pensiero, che affetti l'ordine sociale.

205. Dalle differenze sorgono anche i *rapporti:* ogni reato cioè deve essere prima peccato nella sua *genesi* e nella *entità: a*) Nella *genesi,* perchè deve procedere dalla libertà individuale, ragione della imputazione; *b*) Nella *entità,* perchè ogni lesione di diritto o torto è prima una lesione del dovere morale o peccato.

206. Dove non vi ha prima questa offesa morale, l'atto, per usare un'espressione tecnica ma impropria delle scuole, è *indifferente;* abbiamo una semplice offesa alla legge o disciplina di città, e quindi la *contravvenzione,* relativa, temporanea, variabile, in confronto al reato propriamente detto, riprovato in ogni tempo e da tutte le leggi.

207. Lo che si fonda sulla sottile distinzione dell'ordine *giuridico* dall'ordine *politico.* La legislazione positiva non ha saputo ancora sciogliersi dai pregiudizii dell'antica scuola, e confonde talvolta l'ordine politico coll'ordine giuridico, lo Stato colla società civile.

208. La società è un'*esigenza naturale* e quindi un *istituto etico sancito dalla legge divina.* Quando dunque si offenda questa personalità collettiva nella sua vita *essenziale*, allora soltanto abbiamo il reato; che se l'offesa è volta ad alcune discipline accessorie all'organamento vitale, allora abbiamo solo la contravvenzione di polizia.

209. Queste idee si faranno più chiare nella analisi degli elementi delittuosi, che si darà nel trattato: *dei reati in ispecie* (Vedi *reati contro lo Stato*); per ora conclu-

diamo = il reato deve essere prima peccato; epperò anche il *reato politico* si deve manifestare con un'aggressione antigiuridica.

Distinto il reato dal peccato e dalla contravvenzione, procede naturale la conseguenza: che *il primo soltanto, come oggetto della giustizia repressiva* (dacchè il peccato appartiene alla giustizia *divina*, la contravvenzione alla giustizia *preventiva*), *deve essere argomento di un Codice penale*, riservandosi a Dio e a' suoi ministri il giudizio del peccato ed alla pubblica amministrazione il giudizio della contravvenzione.

210. Chiarito il concetto di reato, sentiamo il bisogno, quasi a modo storico, di accennare alle molte distinzioni in uso presso le scuole, le quali potrebbero per avventura produrre equivoco, se non sono con esattezza determinate.

211. Reati di *azione* e di *inazione*. Il concetto di inazione, che potrebbe confondersi coll'atto meramente interno, lo spiego colle parole di CICERONE: « qui non defendit aut non obsistit *si potest* iniuriæ, tam in vitio est quam si parentes aut amicos aut patriam deserat ».

212. Non è dubbio: che vi ha *solidarietà* tra i cittadini per il mantenimento dell'ordine giuridico; e quindi, colui, che, potendo, non impedisce un reato, si fa indirettamente complice (Vedi avanti *della complicità*).

213. Questa massima però razionalmente riconosciuta è ratificata, per quanto mi consta, solo dal progetto portoghese; i Codici partendo dal principio, che non si può esigere in genere atti di generosità e di eroismo, limitano soltanto ad alcuni casi, per ragione di speciale ufficio od incarico, i reati di omissione.

Giova sperare: che entrando viemmeglio nel popolo la coscienza del diritto, questa obbligazione di sovvenire in

genere all' aggresso si faccia comune e riceva la sua sanzione.

214. Dalla distinzione filosofica dei *diritti naturali* e *positivi* derivò pure la distinzione dei *reati naturali* (individuali) e *sociali,* coi primi indicandosi la violazione di un diritto, che esisterebbe, prescindendosi dalla società civile, come il *diritto della vita, dell'integrità personale, dell' onore,* ecc., la cui offesa immediatamente cade sull'*individuo aggresso;* coi secondi, indicandosi la violazione di un *diritto universale,* come la *pubblica fede,* l'*amministrazione,* la *giustizia,* ecc., la cui offesa direttamente si riferisce ad un istituto o ad un ideale giuridico, e solo direttamente colpisce l' individuo.

215. Data la distinzione filosofica dei diritti, come punto di partenza, non nego che questa distinzione possa sussistere e con riverenza la riconosco nel *Programma* di CARRARA; ma a chi dubita della distinzione dei diritti naturali e positivi, è lecito anche respingere la relativa distinzione dei reati. È poi un dovere di respingerla quando si tema che possa dar luogo a grave equivoco; di credere cioè possibile il reato, mancando uno dei due elementi: la natura o la ragione, la società o la legge. — Sotto questo rispetto ogni reato è *essenzialmente naturale* e *sociale;* essendo questi gli *essenziali elementi.*

216. Nè minor equivoco potrebbe sorgere dalla distinzione nata dalla confusione dell'*oggetto* nei Codici, cioè reati *dolosi* e *colposi.*

217. Ogni reato, e sopra lo abbiamo dimostrato, deve essere necessariamente doloso, coll'avvertenza che il dolo stesso potrebbe essere *diretto* ed *indiretto,* come più avanti vedremo.

Se vi ha *colpa,* abbiamo soltanto una *contravvenzione.*

218. Ciò sta razionalmente; che se un Codice designa

come reato un fatto, a cui manchi la *gravità di intenzione*, allora questa distinzione avrà la sua ragione *limitatamente alla legge*.

219. Reati *pubblici* o *privati*. È questa una distinzione *storica* (cfr. avanti N. 228).

220. Lo strascico di questa distinzione si sente tuttora e suolsi applicare relativamente all'*azione penale*, propria a ciascun reato, chiamandosi *reati privati* quelli, in *cui interviene la querela della parte offesa*, *pubblici* gli altri.

Ma anche qui vi ha un equivoco, perchè, come vedremo a suo luogo, l'azione penale è sempre *pubblica*, nonostante il concorso dell'offeso (Vedi avanti: *Processo*).

221. Potrebbe per ciò limitarsi questa distinzione solo al soggetto passivo, cioè *pubblico il reato* quando *direttamente* è offeso lo Stato, *indirettamente* il cittadino, reati *contro lo Statuto*, l'*amministrazione*, la *fede pubblica*, ecc.; *privato*, quando *direttamente* è colpito il cittadino, *indirettamente* lo Stato, come nei reati *contro la vita*, la *proprietà*, la *famiglia*, ecc.

Ciò però non toglie che qualunque atto, in *quanto è passibile di pena*, deve essere un'offesa alla società, al *diritto universale*.

222. Secondo l'intrinseca gravità esisterebbe l'antica distinzione in *delicta levia*, *atrocia*, *atrocissima;* reati *leggieri, gravi, gravissimi,* distinzione, che reggerà pur sempre *dottrinalmente;* ma che è affatto *relativa* all'apprezzamento individuale e che si rende concreta in un Codice, quando a ciascuna classe, come avviene da noi, sia applicata una speciale categoria di pene.

223. Secondo la giurisdizione si distinguono i reati in *civili, militari,* ed anche *ecclesiastici* dove vige ancora il *foro canonico*.

224. Si dà ancora relativamente al processo l'antica distinzione di delitti *ordinarii* e *straodinarii*.

Oggi questa distinzione, con altro significato che non nel diritto Romano, potrebbe reggere, perciò che si danno *processi speciali*, quando per uno stato anormale della società si deve deviare dalle norme comuni, e *respingere la violenza colla violenza per l' istantanea difesa*. Dalla condizione, che legittima la legge eccezionale, assume questa il distintivo *di legge marziale;* ed i reati a questa soggetti sono detti *straordinarii; ordinarii*, quelli soggetti al diritto comune.

225. Dai diversi rapporti poi *di atti, di tempo* o *di intenzione, di circostanze* sorgono molte distinzioni tuttora in uso; così rispetto al numero degli atti, si danno i reati *semplici furto, stupro, diffamazione* e *collettivi* o *complessi, grassazione, ribellione,* ecc. (Vedi avanti *del Concorso dei reati*); rispetto al tempo, reati *istantanei, continui* e *successivi* (Vedi avanti Cap. X); rispetto al dolo o alla intenzione di *impeto* e di *proposito;* rispetto alle circostanze reati *semplici* e *qualificati*.

226. La distinzione poi presso i Romani fondata sulle due grandi classi del diritto: *delicta iuris civilis, et iuris gentium* rivive ancora presso noi, ma in un significato diverso, secondochè il reato commesso dal cittadino appartenga al diritto comune o, commesso in terra straniera, appartenga a norme speciali di diritto internazionale e sia subordinato a trattati di estradizione.

227. Si distinguevano anche reati *determinati*, che offendono sempre un *determinato* diritto, per es. il reato di *alto tradimento* e *indeterminati*, che ora offendono l'uno ora l'altro diritto (*violenza, plagio di persone,* ecc.). Ma tale distinzione non regge: non si troverà mai un reato che offenda « *solo un determinato diritto* » in modo

che il BINDING vorrebbe perfino levato dai Codici le solite intestazioni de' titoli in cui si designa quel diritto, o meglio quel *bene giuridico*, contro cui il reato è diretto. Ciò a torto per le ragioni che esporremo avanti (Vedi *reati in ispecie*: Classificazione).

Il nostro Codice poi distingue il reato in *crimini*, *delitti* e *contravvenzioni*, secondo la specie di pena applicata.

228. *D.° rom.* Anzitutto avvertiamo come se non sempre di nome, di fatto è però in diritto romano distinto reato da contravvenzione, giustizia repressiva e preventiva. Le numerose attribuzioni della polizia romana, i suoi organi e statuti sono noti a ciascuno. Noi vogliamo ora insistere su un solo fatto ordinariamente poco avvertito: coll'impero gran parte delle funzioni della giustizia preventiva vengono esercitate dalla *extraordinaria cognitio*, che in tal caso ha vero carattere di polizia. Essa provvede anche per quegli atti che, se materialmente hanno figura di reati, non ponno come tali punirsi per mancanza di dolo. Dice bene il REIN (*Criminalrecht*, pag. 164): « Possiamo considerare la maggior parte de' reati colposi dell'età posteriore come devoluti all'*extraordinaria cognitio:* naturalmente è la pena assai più mite che pei veri delitti e dipende specialmente dal danno prodotto ». Se non che in questi casi non abbiamo veri *crimina extraordinaria*, ma piuttosto fatti, *quæ extra ordinem puniuntur* (che si puniscono d'ufficio). Sono per lo più atti che minacciano la tranquillità pubblica e *res mali exempli*. Nello stesso modo viene talora trattato il tentativo di un'azione, che consumato sarebbe stato un delitto pubblico (cfr. *Dig*. 47, 11, 1, pr.).

La distinzione v'ha fin nel principio de' Digesti (*Dig*. 1, 3, I — Papin. I Def.). « *lex est.... delictorum quæ sponte nel ignorantia contrahuntur coercitio* ». E già era in DE-

MOSTENE (adv. *Aristogitonem*, vol. 1, pag. 774, R. riferito da MARCIANO, I, Inst. in *Dig.* 1, 3, 2).

In gran parte alle contravvenzioni di polizia si riferivano le *actiones populares*, delle quali e della loro utilità parleremo più avanti, trattando della Procedura. (Consulta BRUNS, *Popularklagen* « Azioni popolari », trad. it. SCIALOJA).

In diritto romano vanno specialmente notate le seguenti terminologie:

a) Delicta privata: che offendono il privato e sono perseguibili solo in via privata;

b) Delicta publica: quelli che sono contemplati dalle *leges iudiciorum publicorum* e deferiti in origine alla *quæstiones publicæ;*

c) Delicta (*crimina*) *extraordinaria,* quelli, che sotto l'impero cominciarono ad essere oggetto della *persecutio extra ordinem.*

Un'altra distinzione è quella di reati *natura turpia* e reati *iuris civitatis,* i quali ultimi ben si potrebbero paragonare nel concetto alle « contravvenzioni ».

I *crimina* ponno anche essere *capitalia* o *non capitalia* a seconda della pena.

Riguardo alla giurisdizione si distinguevano reati *comuni* e *militari:* s'aggiunsero gli *ecclesiastici* colla legislazione degl'imperatori cristiani.

Si distinguono anche *delicta* (*crimina*) *atrocia* o *gravia et levia,* a seconda della pena inflitta.

CAPITOLO QUARTO.

GENESI DEL REATO.

Argomento.

229. Ragione della ricerca della genesi del reato. — 230. Tale quistione stabilisce il nesso fra il diritto penale e la morale. — 231. Sistema che seguiamo in queste indagini. — 232. Come debba usare il giurista delle scienze sperimentali. — 233. Necessario supposto nelle scienze morali di principii razionali assoluti. — 234. Rigetto di questi principii e conseguenze di ciò. — 235. Come abbia origine il reato? — 236. Analogia colla morte. — 237. Necessità della lotta. — 238. Distinzione della lotta *giuridica* dalla lotta *politica*. — 239. Quando la lotta politica comprende in sè anche la giuridica. — 240. L'attacco deve essere al *diritto universale*. — 241. Questa lotta non si spiega che col concetto della *libertà*. — 242. Come proviamo noi l'esistenza di questa: volontà, istinto, intelligenza, necessità della lotta, *determinazione*. — 243. Limite necessario dell'umana libertà, o libertà relativa. — 244. Lotta giuridica. — 245. Conseguenze della dottrina esposta relativamente all'*imputabilità;* e fino a qual punto può giungere lo sperimentalismo. — 246. Necessità del priorismo. — 247. Ipotesi della localizzazione. — 248. I. Obj.: la *scienza oggi è positiva e deve limitarsi ai fatti sensibili*. — 249. Risposta. — 250. II. Obj.: *L'atto umano è il risultato della ragione, quindi illusoria la libertà dove la determinazione derivi dall'intelligenza*. — 251. Risposta. — 252. III. Obj.: dedotta *dalla fisica sociale* di Quetelet. — 253. Concetto di Quetelet. — 254. Conclusione. — 255. IV. Obj.: il *positivismo giuridico*. — 256. Risposta. — 257. Quale concetto sostituiscono i criminalisti alla libertà. — 258. Concetto e confutazione della idea di libertà data da Ardigò. — 259. Concetto del Ferri in sostituzione alla libertà. — 260. Necessità di assorgere alla metafisica. — 261. V. Obj. *Come conciliare l'ordine divino colla libertà.* —

229. Data la *nozione* e la *distinzione* dei reati, naturalmente si offre innanzi al pensiero la indagine della *origine di questo,* affine di determinare poi razionalmente il *rapporto necessario colla società* e col giudice, che gli applica la pena.

230. È facile il vedere essere questa la questione *prima* in diritto penale, e come tale, mercè il nesso logico, che lega tutte le scienze, derivare essa da altra disciplina di ordine maggiore e presupporre una serie di dottrine, che appartengono propriamente alla filosofia morale; dacchè il reato è dapprima un *atto umano.*

231. In quanto però sarà possibile limiteremo la dimostrazione al fatto seguendo la *via sperimentale,* avendo già altrove (Guida, ecc., ecc., *Sommi principii de' Diritti Penali,* ed *Osservazioni al Progetto di Codice Penale,* pag. 234 e seg.) trattata la quistione esclusivamente *filosofica.*

232. Questo sistema sperimentale, a cui ci siamo obbligati fin da principio nelle *singole quistioni,* mentre meglio conviene alla attuale atmosfera scientifica, ci offre anche facile occasione per rispondere ai novatori, i quali a questo argomento speciale concentrano le loro forze. Certo non vorremmo per ciò, seguendo il mal vezzo dei novatori stessi, scambiare le parti del giurista con quelle del fisiologo ed anatomico. Quantunque anche questi non escludono per ciò il principio morale, ma lo presuppongono, come faceva Gall, e come ho ragione a credere intendesse lo stesso Darwin (Mantegazza, *Commemorazione di Carlo Darwin,* 1882).

223. Dall'*esperienza* noi siamo elevati all'idea scientifica *completa* della cosa.

I fatti umani sono fenomeni, sono apparenze, e diventano oggetto della scienza, quando dall'osservazione si sale alla ragione pratica o morale, la quale alla sua volta mette capo ad alcuni principii assoluti, senza cui è impossibile anche la soluzione dei più gravi problemi biologici.

Non è d'altronde solo delle scienze morali questo presupposto di principii; ma, come altrove abbiamo dimostrato, (*Il nihilismo e la ragione del diritto penale*) è pure delle scienze fisiche e matematiche, le quali fanno capo anche ad ipotesi, ove manchi la certezza positiva.

224. Il rigetto quindi assoluto, che fanno i materialisti intrusi nella nostra scienza di quanto appartiene alla filosofia, è un negare *a priori* la nostra scienza; perchè è un precludere cioè la via alla sua esistenza razionale e pratica giustificazione.

Se essi tengono fermi su questa via, diffidiamo di qualunque processo scientifico; perchè nei confini del fatto circoscritta l'osservazione, dove questi fatti conducano naturalmente a riconoscere la vita morale, allora incontreremo le colonne d'Ercole.

225. Ciò preposto, domandiamo: *come abbia origine il reato?* o più chiaramente: come mai l'*ordine giuridico* (della cui esistenza si è ragionato nelle *Teorie*), *possa essere infranto?*

226. Atteniamoci alla esperienza. Come alla vita succede la morte; così all'ordine succede il disordine ed anche la dissoluzione.

Morte è la cessata animazione del corpo; e siccome corpo è pure la società, così anche in questa l'animazione può cessare e cessa di fatto, quando la coesione dei

membri in un solo intento, il *benessere comune* (in che sta l'animazione) va disciogliendosi; ed i cittadini *nihil conferunt in eam studii, nihil operæ, nihil facultatum* (Cic., *de off.*). In tal caso è in deperimento il corpo sociale, mancando quel comune accordo, in cui *communitas vitæ quasi continetur* (Cic., *loc. cit.*).

È però in tal caso distrutta totalmente la società civile? No! Fin che vive l'uomo, questa ipotesi non può ammettersi.

Ad uno Stato succede altro Stato, ad una forma di governo altra forma.

227. La *lotta* è una legge necessaria nella evoluzione degli esseri; anche le umane aggregazioni quindi sono a questa soggette, per il progresso civile.

La società segue *storicamente* varii stadii; la *forza materiale,* la *domestica,* la *teocrazia,* la *ragion di Stato* e la *giustizia,* con un progresso indefinito di perfezionamento, progresso, che può essere interrotto ed attraversato da errori, da violenze, da utopie, e più ancora dall'umano egoismo; ma che non può certo mancare, quando s'abbia fede nella perfettibilità umana.

Il diritto poi, ed in ispecie il diritto pubblico, si *informa* al *principio dominante* in ciascuno di questi stadii, preesiste ed esiste ad un tempo con questi elementi conservatori, la cui influenza non cessa mai; però sensibilmente diminuisce, finchè il diritto si confonda e si identifichi colla *giustizia,* donde l'ideale della *Società civile* vagheggiato dai filosofi: *organamento di giustizia* (*perfetto ordine giuridico*).

228. Da questi fatti è facile derivare due aspetti speciali della società; il *politico,* che procede per varii stadii, quando pacificamente, quando per violenza: ed il *giuridico,* che mano mano si svolge per virtù propria,

senza mai cessare di essere. Il diritto aspira a trarre gradatamente a sè anche l'ordine politico, sia rapporto alla costituzione dello Stato in ispecie, sia anche rispetto alla pacifica convivenza cogli altri Stati, da cui promana l'ideale dell'umanità vagheggiato dai *propugnatori* di un *Areopago universale* (Bluntschli).

Il diritto e la giustizia sono *necessarii* allo Stato; ma alla sua volta lo Stato è *necessario* al diritto: perchè è vana la proclamazione di un principio o di una norma qualunque, se non tien dietro la pronta esecuzione rappresentata dal potere sociale. Perciò, mentre vediam pure cadere gli Stati o forme di governo, sui ruderi di questi poi altri Stati sorgono, come dalle radici di un albero sorgono nuovi arbusti.

Il *concetto giuridico* allo sfacelo pure di uno Stato per violenza o rivoluzione rimane *incolume;* donde il grido del popolo, quando dalle barricate atterra un governo, *morte ai ladri,* per indicare in modo molto sensibile, che non è a confondersi la forma politica, contro cui si combatte, colla giuridica essenzialmente inviolabile.

A dissipare il pregiudizio di molti pubblicisti disperatamente commossi dall'attuali agitazioni sociali, abbiamo chiaramente distinta la lotta *politica*, a cui deve sottostare ogni Stato e che va sostenuta prudentemente in un'epoca, in cui è consacrata la libertà di pensiero, di parola, di associazione, dalla lotta *giuridica*, cui corre l'obbligo di prevenire saviamente e prontamente reprimere.

229. In pratica oggi riesce ancora difficile tale distinzione, per quanto si affatichino poderosi ingegni intorno a questo argomento per scernere il reato *politico* dal *comune* (Vedi avanti *Dei reati politici*). Serva intanto l'avviso: *che quando la lotta politica implica la negazione*

del diritto, allora la forma affetta la sostanza, ed abbiamo la *lotta giuridica.*

In che consiste questa?

Un attacco al nostro diritto, tanto nell'integrità personale, che nella proprietà o nella fama, può procedere da cause diverse, ed anche da una forza bruta o dal *caso;* in tale ipotesi possiamo asserire che esiste lotta giuridica? No! La lotta vi ha, ma affatto materiale; si procura cioè di respingere *meccanicamente* un assalto. La lotta giuridica, in che sta appunto il *principio organico della giustizia penale, e della sua evoluzione nella storia* (come sulle traccie di Ihering ebbe a dimostrare il nostro collega Pessina, nell'*Annuario delle scienze giuridiche,* 1880), presuppone in ambe le parti la *coscienza del diritto;* da una parte la *volontà collettiva* rappresentata dalla legge; dall'altra la *volontà individuale* rappresentante l'interesse o l'egoismo personale.

240. Ma questo contrasto di diritto non basta per l'esercizio del giure penale. L'attacco deve riferirsi non al diritto *individuale,* ma al *collettivo;* non al *privato,* ma alla *società* garante del diritto privato; donde l'importanza della distinzione fra *lesione di diritto* e *lesione dell'ordine giuridico,* come sopra si è avvertito.

La frase *ordine giuridico* intende naturalmente riferirsi a tutti gli atti, che interessano la *comunione* sociale, donde l'*azione pubblica* (V. avanti *Dell'azione*); mentre la lesione di diritto può riferirsi soltanto all'individuo offeso, e meglio le si conviene l'*azione privata* o *civile.*

241. Come si spiega questa lotta giuridica?

Non altrimenti che col concorso della *libertà.*

Così noi abbiamo definito il reato « *libera* infrazione dell'ordine giuridico ».

Qui ci incombe l'obbligo, secondo la data promessa (Vedi

sopra *definizione del reato*), di dissipare le difficoltà che si oppongono all'esistenza dell'elemento *soggettivo* o della libertà.

242. Secondo il sistema a cui ci siamo obbligati, rispettando le indagini dei filosofi, ai quali propriamente compete la dimostrazione della libertà per *via deduttiva* (come saviamente avvisa JOHN STUART MILL), limiteremo le nostre osservazioni al *fenomeno esterno,* contrapponendo a questo le discordanti dottrine, che oggi contro la libertà morale si sollevano.

Benchè sottile l'analisi, che siamo per esporre, non verrà questa mai sollevata alla regione meramente ideale; ma, accomodata alle esigenze sperimentali, troverà sempre nel *fatto* il terreno su cui posare.

Volontà è un'*adesione ad un' entità, per via d' interno riconoscimento.*

Questa adesione può avvenire in forza delle leggi, che governano l'*attività animale* o gli istinti.

L'*istinto* o sentimento animale procede dalle forze corporee. Secondo il moto incessante degli organi vitali mobilissima è pure la volontà, dove (come avviene dei bambini) non si manifestino altre forze contrarie.

Da questo eccitamento degli organi, la volontà riceve il primo impulso ad agire.

Se non vi interviene l'*intelligenza*, l'atto è *animale-spontaneo*, ma pure *volitivo.* Con ragione quindi la fisiologia accenna agli atti volitivi comuni anche alle bestie, riservandosi esclusivamente all'uomo (*persona giuridica*) l'esercizio della libertà, mercè la quale soltanto si *spiega sperimentalmente il fatto dell'evoluzione civile* nei varii Stati.

Tale libertà presuppone la cognizione dell'*oggetto razionale*, poichè la volontà *non fertur in incognitum.*

All'intelletto si presenta la cosa come *idea;* poi distin-

guesi la *bontà generale* e *specifica* di questa; finalmente giudicasi in confronto di altri *beni* (*eudemologico* e *morale*).

Così, per moto spontaneo dell'intelligenza, tutti i motivi concorrono ad un punto; ed allora il soggetto, per una virtù, che ritrae da sè stesso, opposta alla violenza, sceglie e decide.

Nell'ipotesi, che un *solo bene* o un *solo motivo* si presenti alla volontà, questo senz'altro muoverebbe il volere, darebbe il tracollo alla bilancia.

Ma quanto al reato, questo solo bene non è concepibile; imperocchè vi ha sempre l'interesse individuale in contrasto colla volontà collettiva; il bene *soggettivo*, come dicono i filosofi, in lotta col bene *oggettivo*.

Bisogna piegare dall'una o dall'altra parte!

Le forze sono diverse: è mestieri *deliberare*. L'atto appunto, o meglio *la facoltà di determinarsi all'azione mentalmente percepita*, costituisce la *libera elezione*.

248. Si badi bene: che non trattasi di *libertà assoluta;* perocchè questa è inconcepibile *in rerum natura;* ed è solo un attributo della divinità.... Che se si volesse formare un concetto di questa libertà *assoluta* nell'uomo agente, essa si confonderebbe da ultimo colla *spontaneità animale*, per cui l'uomo, *senza ostacolo*, seguirebbe una determinata azione. E chi non avvisa dominare in tal caso non la volontà individuale, ma la legge di necessità *organica* o *ontologica*, donde la spontaneità animale deriva?

Perciò non sappiamo concepire libertà in largo significato senza ostacoli o limiti; anzi da questi sorge appunto, e per questi si giustifica la libertà.

Ben è vero che appare dissonanza fra la parola *libertà* e *limite*.

Questa antinomia però fra due termini costituenti una

legge si manifesta pure di frequente nella natura, sia nei fenomeni fisici che economici; di guisa che alcuni da questo attrito derivarono appunto la ragione di forza o di moto (*dinamica biologica*).

Del resto si può in parte spiegare questa apparente contraddizione.

Trattasi qui di una sineddoche, o di una parte per il tutto. Veramente la *libertà* è solo una parte, è un *modo di essere della volontà;* ed il limite è nella volontà stessa considerata nella sua incertezza, in quanto patisca ostacoli nella sua azione. Nell'atto poi della determinazione, *la libertà è piena;* ma trattasi egli di un punto *sperimentalmente impercettibile,* come è precisamente del punto relativo alla linea. — Il soggetto insomma è da ultimo *padrone di tutti i motivi,* che gli si presentano innanzi, sia dal mondo interno che esterno, per quanto questi turbino e cerchino di violentare la sua coscienza morale.

Ciò sempre nel supposto: che il soggetto razionale sia nel pieno equilibrio delle sue forze; talvolta invece è prevalente l'una di queste forze, poni l'istinto, ed allora la volontà persiste sempre, ma non la libertà. Per citare un esempio, l'idrofobo prevede l'accesso furioso, non vuol abbaiare, non morsicare; epperò prega gli astanti a ritirarsi; l'accesso lo sorprende; ed allora agisce da cane. Ecco l'istinto brutale, prevalente così, da rendere vana la libertà. Noi abbiamo indicato ciò nella legge positiva con una frase, *forza irresistibile*, a differenza delle *malattie mentali,* nel Codice attuale impropriamente classificate: *imbecillità, pazzia, morboso furore*, che ottenebrano o alterano l'intelligenza, senza l'uso equanime della quale non vi ha esercizio possibile di libertà individuale.

244. È la libertà individuale, che, contrapponendosi alla libertà sociale, produce il fatto della *lotta giuridica;*

donde deriva il concetto di reato, espresso dal linguaggio popolare colla formola *rivolta alla libertà sociale.*

La volontà collettiva, mediante la legge, assicura a ciascuno la propria sfera d'efficienza, che è quanto dire, il tanto di diritto, che renda possibile l'esercizio del diritto altrui o la pacifica convivenza; la volontà individuale, con un delitto varca la propria sfera per invadere quella degli altri. Ecco due forze connaturali, che si incontrano: ecco la necessità logica di una congrua repressione, dove è avvenuto l'eccesso o l'abuso; quindi la detrazione di libertà nella qualità e nella quantità voluta dalla sicurezza comune: « tale e tanta detrazione di libertà, quale e quanta ne esige l'ordine giuridico » (V. avanti *Della pena*).

245. Per ciò è facile persuaderci: che erroneo è il fondamentale concetto, in cui si accentrano le obbiezioni degli avversari = *l'atto lo dite libero, perchè imputabile* = quasi che la libertà fosse per noi una mera ipotesi, per giustificare l'imputabilità penale come è intesa dalla scuola e dai giudizii.

Si badi bene; prima di giudicare della *capacità imputativa* in un determinato caso, ci è forza ammettere la libertà quale concepimento necessario dell'*ordine giuridico* e della *lotta* contro questo ordine sollevata e sostenuta dal delinquente.

Non è dunque libero un atto, in quanto suolsi imputare a taluno; ma esso è imputabile, perchè prima è libero; per cui vi ha contraddizione di termini nel libro di Ferri col titolo: *Teorica della imputabilità e negazione del libero arbitrio;* perchè ciò che è imputabile, è pure necessariamente libero.

Lo che importa avvertire, perciò che i nostri avversarii insistono = sul *pregiudizio della imputabilità*, che preoccupa l'animo così da creare l'ente fittizio *libertà.* =

No davvero! Mi provate voi l'esistenza possibile di società e di lesione dell'ordine sociale senza libertà? Mi provate che gli ostacoli opposti alla volontà sono insuperabili? In tal caso è nostro dovere subire le conseguenze ultime francamente, escludendo anche l'imputazione.

Ma è egli vero che questi ostacoli insuperabili sussistono, o in altre parole, non sussiste essa la *libera elezione?*

Lo sperimentalismo, per quanti sforzi abbia fatto, non è giunto a dimostrare la verità di questa tesi. Egli, negando l'ordine morale, potè giungere soltanto fino alla spiegazione degli atti spontanei, animali, sensitivi; non oltre.

Ed è pure impossibile, come altrove si è dimostrato (V. *Nihilismo*, N. 22 e segg.), il provare *empiricamente* se e dove sussiste la libertà di elezione; siamo paghi di dimostrare che la libertà è conforme al fatto nel vario ordine concepito, epperciò la *non libertà ripugni all'esperienza.*

246. Lo studio dell'*essenza della libertà* appartiene per eccellenza alla filosofia morale; ed a questa, secondo la testimonianza di Stuart-Mill (*A System of deductive and inductive logic*, Vol. II, Lib. VI, cap. 7) appartiene il *metodo a priori*: « noi affermiamo che il metodo a posteriori è del tutto inefficace nelle scienze morali, quale mezzo di arrivare ad un considerevole nucleo di pregevoli verità, tutto che si presti in sussidio al metodo a priori » e tale appunto è, come sopra si avvertiva, il sistema da noi seguito.

Lasciamo dunque alla metafisica le prove *dirette* della libertà.

247. Nè della materiale localizzazione di questa solleviamo questione. Sia lecito però ragionare per analogia. L'unità della vita, il centro del sistema nervoso, si dice

vagamente, posto nel cervello, ma poi non si sa indicare la sede percettiva; qual meraviglia dunque, che noi pure, vagamente indicando la sede della libertà nella volontà, presupponiamo questa come un *punto centrale*, in cui si raccolgono tutte le *attività* per la *determinazione* dell'atto umano, senza indicarlo come una realtà soggettiva?

Non abbiamo mai pensato di spiegare il tutto col microscopio.

Si esponga, di grazia, tutta la *realtà* dell' uomo, e allora meglio spiegheremo la vita morale, che a questa aderisce. Siamo invece a mezzo il cammino, e pretenderemo che sopra incomplete asserzioni abbiasi a distruggere ciò che dall'esperienza stessa, cioè dalla coscienza universale, ci è dato finora conoscere od interpretare?!

L'istinto è la sensitività, che si muove ad un centro. Dite dov'è questo centro, e forse noi potremo dirvi dove sia la volontà, dove il nesso dinamico delle umane facoltà abbia la sua sede, dove in particolare si esplichi la *virtù di eleggere* o di determinarsi all'azione. Imperocchè è bene ripetere: che la scuola morale non ripugna ad ammettere nel più lato significato l'ipotesi anche della localizzazione degli atti morali (Rosmini, *Psicologia*, Vol. II, pag. 122), come quella altresì della generazione spontanea (Id., *ibid.*, Vol. I, pag. 246) ed altre idee di cui si fece pure tanto rumore per abbattere l'ordine morale... Oserò aggiungere: che avvertendo essere la manifestazione della vita animale nel sangue, dal centro di questo, cioè dal *cuore*, si potrebbe derivarne il primo impulso, lo che risponde al linguaggio volgare, che ha pure tanta autorità nelle quistioni morali.

La libertà individuale è *centro dell' azione personale*, come la libertà sociale è centro dell'*azione civile*, *la genesi e la ragione d'ogni diritto*.

E che! saranno utopie tutte le aspirazioni politiche alla

libertà?... O avrà questa un significato diverso considerata nell'individuo, anzichè in una persona collettiva?

Badate anzi che il concetto di *personalità collettiva* o *aggregazione*, non è concepibile senza la libertà individuale: da questa il *plebiscito* o il *nesso* del corpo politico.

Per ciò nella società e nell'individuo la libertà è il centro dell'azione, quantunque non si avverta materialmente la sede. A quella guisa che si trovano nel sistema nervoso due qualità di fili per la trasmissione del moto; dalla superficie al centro del corpo, e dal centro ai muscoli, senza che se ne conosca il *nesso;* così rispetto all'atto umano (derivato sia pure dai sensi) il moto primo si riflette sulla coscienza e volontà, per ritornare ai sensi colla esecuzione... Il punto di mezzo dunque è manifesto, quantunque irreperibile.

Certo che noi parliamo soltanto di *manifestazione* dell'atto libero volitivo; ma non è sufficiente forse la sola manifestazione?

Il sistema crudamente sperimentale di necessità circoscrive le sue osservazioni alla *manifestazione del fatto,* e noi perciò rispetto a questi avversarii, importa ripeterlo, non abbiamo obbligo di provare la ragione intrinseca, e tanto meno la sede della libera volontà. Ci basti affermare con prove, ch'essa *appare* nell'individuo come nella umanità; ch'essa quindi, come sopra si è dimostrato, è un dato *sicuro della tradizione,* epperò *patrimonio della scienza.*

So quali obbjezioni si movono a questa asserzione, ma reggono esse ad una sana logica?

248. 1.ª Obbj. — La principale obbjezione, che si ripete tutto giorno perfin dai ragazzi, che balbettano appena di scienza e si atteggiano a novatori si è = gran vittoria per la scienza moderna essere l'arte di sperimen-

tare; quanto sfugge all'esperienza non essere scienza; *atqui* la libertà sfugge all'analisi empirica, non è un *fatto sensibile; ergo* non è verità. =

. **249.** Risp.ª — Richiamo in risposta alla prima proposizione circa la *supposta vittoria* il pregiudizio già sopra avvertito negli sperimentalisti moderni, che giudicano i metafisici nemici d'ogni ricerca sperimentale (V. *Prolegomeni in princ.*).

Aggiungo; che, quando i discepoli di Ippocrate si smarrivano in vane teorie, erano i filosofi appunto quelli, che insegnavano loro la nuova via.

Così Rosmini, ora è circa mezzo secolo, scriveva « l'arte di sperimentare è la parte principalissima della *logica medica,* la quale senza di lei, non può che perdersi irremissibilmente e rovesciarsi d'una teoria gratuita e crudele in altre più gratuite e forse più crudeli ancora » (Rosmini, *Psicologia,* vol. II, p. 695).

Non si è mai condannato il sistema sperimentale, sì bene l'abuso di questo, obbligandolo a risolvere problemi, che non gli appartengono.

All'altra proposizione = Quanto sfugge ai sensi non è scienza = rispondo sviluppando un'altra questione, che naturalmente da quella consegue: sono i segni sensibili soltanto quelli che costituiscono il vero?...

Vale egli questo criterio non dirò per le scienze morali, ma ancora per la scienza rigorosamente sperimentale, la medicina?

Coi soli sintomi sensibili non possiamo ingannarci persino nel giudicare dei fenomeni del corpo, pensando esservi un *disordine organico,* che va represso, mentre (come nel caso di sciolta, di emorragie e va dicendo) sarebbe egli un rimedio naturale?... Frequente è pure l'inganno nel giudicare della morte fisica, e vorremo poi pre-

tendere coi soli sensi di giudicare delle malattie o della morte morale?

È mestieri che corra di mezzo un ragionamento sul valore relativo dei sintomi sensibili; e che è questo ragionamento se non un'astrazione di ciò che *tocca la man, che l'occhio vede?* — Richiamo in proposito quanto sopra si è detto nei *Prolegomeni* sul concorso dei due sistemi *induttivo* e *deduttivo* per costituire la scienza.

Voi, che tanto aborrite gli scolastici, fate oggi rivivere per vostro conto il celebre motto: *nihil est in intellectu, quod prius non fuerit in sensu.*

Sia pure; e quale ne è la conseguenza?... Che quando i sensi sono offesi, fallace è l'immagine o l'idea... quindi impossibile il processo dell'atto umano, l'esercizio della libertà.

L'alterazione nell'organismo è il fatto, di cui teniamo calcolo, chiamando a sussidio la perizia medica, senza d'altronde inoltrarci ad affermare in modo assoluto: che esclusivamente il senso abbia ottenebrata l'intelligenza. Imperocchè gli sperimentalisti stessi avvisano: essere talvolta effetto quel che si vorrebbe considerare come causa efficiente. Così i tumori cerebrali o cranologici, ed anche la dissoluzione del cervello, sono il più delle volte la conseguenza di gravi perturbazioni mentali o della lotta del pensiero, anzichè causa di questa; come giudicarono distinti alienisti, giustificando l'istantanea pazzia e guarigione nel dramma *Il suicidio* di FERRARI. Del resto, o prima o dopo l'*alterazione*, poco importa; rispetto all'imputabilità penale, basti che sussista durante la consumazione del delitto, e sussista come alterazione, non come effetto naturale della configurazione cerebrale (*fatalismo frenologico*), ipotesi ormai respinta da tutti i fisiologi (Vedi avanti N. 340 e segg.). Noi partiamo dal

supposto dell'uomo sano, nel pieno equilibrio di sue forze; è invece questi malato fisicamente; giudichi il medico dell'influenza di sua malattia sull'atto eseguito, noi attendiamo la sentenza.

250. 2.ª Obbj. — La manifestazione della libertà è *illusoria* anche per l'idealista; imperocchè, ammettendo egli la razionalità dell'atto umano, deve pure ammettere la *determinazione necessaria,* secondo gli argomenti, che si affacciano alla mente dell'operante. —

251. Risp.ª — Risparmio le solite osservazioni contro *il determinismo,* che si elevano dai metafisici; mi basta notare contro gli sperimentalisti: che essi stessi oggi ci parlano di *pazzia ragionante,* di *paralisi morale,* ecc., ecc.; e ciò che vuol dire, se non che in tali *malattie dello spirito,* in *ordine dell'idea,* tutto corre regolarmente?

Che vuol dir ciò se non che l'*integrità intellettuale* non è sufficiente a giudicare dell'atto umano?... Qual elemento si richiede dunque per spiegare questa nuova perturbazione, se non è questo, il *morale?* Ecco il perchè gli alienisti sono obbligati a ricorrere alla aberrazione od alienazione del senso morale...; ma qual significato ha mai il *senso morale,* dove l'atto sia *necessitato,* dove non vi sia libera elezione? — Come non vi ha vita fisica senza circolazione del sangue, così non vi ha vita morale senza esercizio di libertà.

252. 3.ª Obbj. — È questa la più grave e la più recente, e trae origine dagli studii di uu illustre scrittore Quetelet, il quale, come Gall, ebbe la mala sorte di prestare le armi al materialismo.

Quetelet, con una serie di fatti coscienziosamente raccolti, ha dimostrato che il corpo sociale ha la sua fisiologia, come l'ultimo degli esseri organizzati. I fenomeni

sociali, tra cui i delitti, si ripetono infatti con una regolarità e costanza che talvolta è fin superiore a quella, che si riscontra in certi fenomeni del mondo fisico. La quale regolarità e costanza è appunto l'effetto di leggi naturali, necessarie, indipendenti affatto dalla volontà degli uomini. Ciò dunque vuol dire, che quei fenomeni che si giudicano liberi, in realtà non sono tali; sono fenomeni *necessarii,* determinati da cause d'invincibile efficacia, sottratte all'influenza dell'individuo (*Physique sociale,* ecc., Bruxelles 1869, pag. 210 e seg.).

252. Risp.ª — Si avverta anzitutto, che i fenomeni, di cui Quetelet mostra l'uniforme ripetizione, sono fenomeni di complesso, che riguardano cioè l'*uomo medio,* non l'uomo individuo. L'individuo solo, autore del reato, *realmente* esiste, gode ed esercita la sua libertà; l'uomo medio invece, non esistendo di fatto, non può nè possedere nè esercitare la sua libertà; esso rappresenta un'astrazione, è un *essere fittizio,* come l'ha qualificato lo stesso Quetelet; il quale, del resto, se reputava inefficace la libertà rispetto ai fenomeni sociali, non la negava nell'individuo.

Si noti in secondo luogo: che la regolarità con cui si manifestano i fenomeni medii deriva la sua ragione dai principii di *probabilità,* secondo i quali le elezioni degli uomini, quando siano osservate in gran numero, devono corrispondere al grado attuale dell'intensità effettiva della facoltà di elezione, e per conseguenza alla probabilità che per esse realmente esiste nel periodo di tempo, a cui le osservazioni si riferiscono. Il perchè, se l'*intensità della facoltà di elezione* negli uomini non muta, e per conseguenza la probabilità ch'essi opereranno in un modo piuttosto che in un altro rimane la stessa, nello stesso modo uniforme devono pure ripetersi i risultati della determi-

nazione della loro volontà, quando siano osservati in gran numero.

Si deve in terzo luogo riflettere, che la *costanza* dei fenomeni medii non implica necessariamente che debbano rimanere *invariati i fenomeni singoli*, da cui quelli risultano; imperocchè una media può rimanere costante, ad onta che mutino i suoi componenti elementari; la costanza dei risultati statistici non implica per conseguenza la negazione della libertà individuale.

Infine vuolsi ricordare, che la costanza dei fatti statistici non ha nulla di *assoluto;* essa è puramente relativa, cioè limitata ad un certo periodo di tempo e ad un certo tratto di territorio. Non è infatti eguale dappertutto, nè sempre dappertutto si manifesta negli stessi periodi di tempo. Dura poi nel tempo finchè sussistono quelle circostanze che l'uomo *ha concorso egli medesimo a creare,* e però anche cessa quando l'uomo le muta. In un Comune, per esempio, l'introduzione di ottimi istituti, la solerte cura dei maggiorenti, l'opera santa di un parroco pônno d'un tratto mutare il carattere del paese da male in bene; come al contrario per l'opera di un parroco immorale, di cattive istituzioni o d'altre ragioni, un altro Comune può da buono convertirsi in cattivo.... Questi due Comuni in un circolo maggiore la Provincia, si compensano a vicenda e costituiscono l'*uniformità*.

E così dicasi di tutte le cause della delinquenza subordinate al potere del legislatore: *indigenza, mancanza di lavoro, empietà, carceri comuni* o *scuola di corruzione, educazione*, ecc., ecc.; queste variano in più o in meno, entro gli stessi confini di uno Stato e quindi pônno dare lo stesso effetto, la stessa *media* nel corso di più anni. Fate che queste cause siano tolte, ed allora minore sarà il limite o l'ostacolo alla libertà morale e *minore* il numero dei delitti.

Dico soltanto minore il numero dei delitti, e non sostengo certo l'assoluta distruzione di questi, dato pure l'annullamento di tutte le cause *influenti a delinquere;* imperocchè altre cause recondite, incommensurabili vi saranno pur sempre, e, dato pure che non esistessero, vi sarà tuttavolta la possibilità della infrazione giuridica. Di che offrono esempio quelli che, esenti da tutte le possibili influenze od incentivi, commettono delitto: *il male per il male.*

254. Conchiudo colle parole di un illustre statistico italiano: « la libertà morale è un fatto incontestabile, che non può essere contraddetto o messo in dubbio nemmeno dai risultati generali della statistica (GABAGLIO, *Storia,* ecc., pag. 596) ».

255. 4.ª Obbj. – Altra difficoltà si oppone, di speciale importanza per il giurista. « Gli studii legali oggi si sciolgono dalle pastoje della metafisica, come già alla fine dello scorso secolo si resero indipendenti dalla teologia e dalla scolastica; si vuol essere oggi *positivi,* e quindi derivare la legge soltanto dal fatto e dalle esigenze attuali della società: se la libertà, come voi dite, posa la sua ragione intrinseca di essere sulla metafisica, per ciò appunto essa non esiste, secondo il *positivismo* seguito dalla scuola giuridica ».

256. Risp.ª — A questa complessa difficoltà rispondono già indirettamente le dottrine svolte nella citata opera il *Nihilismo,* ecc., ecc. Imperocchè, a dispetto di ARDIGÒ, il quale con ibrido sistema vorrebbe crearsi fondatore di una nuova dottrina, il positivismo non è che una naturale figliazione del materialismo in genere: valgono dunque contro le pretese dei positivisti le osservazioni, che altrove si fecero contro il materialismo, e cioè: che i fatti non sono sufficienti per costituire una scienza; che perciò, associando il sistema deduttivo all'induttivo,

bisogna dai fatti assorgere a un principio razionale (come dai particolari la statistisca si eleva alla *media*), ed a questo subordinare poi tutte le nozioni armonicamente succedentisi; che per ciò la scienza rappresenta sempre l'aspetto di una piramide con due vie diverse dall'alto al basso e dal basso all'alto dell'edificio; che quindi anche tutte le scienze sperimentali, fisiche o di osservazione, hanno rintracciate e razionalmente percepite queste leggi, a cui sono subordinati i fenomeni naturali, e, dove queste leggi non si poterono scoprire, si dovette necessariamente ricorrere all'ipotesi per costituire la scienza; che dietro queste considerazioni date dalla logica comune intorno alla formazione della scienza, riesce assurdo il principio di limitare questa alla *osservazione del fatto;* che il fatto ci è dato *dai sensi*, il cui giudizio riesce fallace; che il fatto stesso *individuo* non è che una nozione, non un complesso di idee, com'è appunto la scienza; che questo fatto, dovendosi riferire e collegarsi ad altri, abbisogna della *tradizione;* che rispetto ai fatti *interni* o psichici, lo sperimentalista non può avere altra prova, che la tradizione stessa, la quale, tutta e sola, regge a nostro favore; che, volendosi di questo fatto interno avere una spiegazione, bisogna di necessità ricorrere alla metafisica; che questa quindi ha tuttora la sua ragione di essere; che altro si è circoscrivere o dare un nuovo indirizzo alla metafisica, altro il negarla; la metafisica vivrà finchè vive l'uomo, come vivrà la teologia finchè vive Dio, cioè eternamente; che finalmente ogni scienza necessariamente fa capo ad un principio razionale; e siccome tale principio deriva da ultimo dalla metafisica (*ragione ultima delle cose*), così, ove questa sia assolutamente esclusa o disconosciuta, non si potrà rigorosamente parlare di scienza, ma solo di *pratiche nozioni convenienti all'uso.*

E tale appunto è lo scopo, che può raggiungere il *positivismo giuridico;* e secondo tale scopo ha esso pure una ragione di essere. Un giudice, un avvocato pônno essere positivisti, in quanto considerano come un mero fatto la formola imperante della legge e non vogliono penetrare oltre la corteccia dell'albero. Non saranno però mai *giureconsulti* nel significato proprio della parola; imperocchè, *scire leges non est earum verba tenere, sed vim et potestatem;* or bene, questa *vis et potestas* non si può altrimenti raggiungere, che astraendo dal fatto la ragione.

Il positivismo giuridico, se deve di necessità riconoscere il fatto della legge, quando, inoltrandosi nelle sue speculazioni sperimentali, voglia contrapporre al fatto della legge un altro fatto dedotto dalla umana natura, non può arrestarsi alle mere ipotesi fisiologiche di LOMBROSO o di HERZEN; ma deve essere ben sicuro del surrogato: per ciò che quanto si distrugge è già patrimonio del diritto, mentre ciò che si sostituisce ha con sè il pericolo della novità.

257. Quale fatto naturale possono opporre i positivisti al fatto della umana libertà presupposta in tutto il diritto? Nessuno che abbia reale valore, come sopra abbiamo dimostrato: e quindi essi stessi quando si fanno sostenitori della libertà, deviano, per dimostrarla, dal loro sistema, e mendicano gli argomenti in favore della libertà dalla metafisica, da essi condannata al rogo.

258. Così fece un filosofo, che si atteggia a giurista, e pretenderebbe abbozzare una biologia sulle tracce della scuola inglese: esso, indagando le origini delle sociali istituzioni e di tutto il diritto, nel suo trattato, *Morale dei positivisti* (Milano, 1879, in gran parte già pubblicato nella *Rivista Repubblicana*), prova l'esistenza della libertà.

Davvero, dietro le premesse, noi avevamo ragione di attenderci il contrario; imperocchè, distrutti i due principii ontologici, *Dio* ed *anima razionale*, pareva si dovesse derivare anche la distruzione della libertà.

Al filosofo però non bastò l'animo a tanto; e, facendo divorzio dal materialismo, provava « che l'azione umana non è confondibile con quella dei bruti, come non sono gli organismi ».

La differenza egli la riconosce specialmente, e ciò è bene, nella libertà.

Ma come dimostra egli l'esistenza di questa?

Respinti gli argomenti metafisici, scioltosi con una frase dalla legge di casualità opposta dai fatalisti, dai casualisti e dai materialisti, afferma anzi tutto « che la causa delle azioni volontarie dell'uomo, pel positivista, è il fatto concreto, immensamente complesso e specificato, quale è dato dalla osservazione della stessa *natura della psiche umana* ».

La dimostrazione dunque dovrebbe cadere sulla *natura di questa psiche.*

E che ci dice egli in proposito? « che l'uomo è come una formazione e un essere distinto e il più elevato; un'*autonomia distinta,* e la maggiore e la più spiccata e la più elevata di tutte ».

In breve, « l'autonomia dell'uomo è il titolo del suo dominio, e la sua autonomia è *nella libertà del suo arbitrio,* il quale arbitrio è una forza speciale corrispondente ad una specialità di organismo cerebrale, e dipendente da una specialità psichica o dalle idee » (*loc. cit. passim.*).

La prima proposizione confonde l'effetto colla causa; perchè non è già libero l'uomo, in quanto è autonomo; ma è autonomo, in quanto è libero.

La seconda proposizione, che sarebbe il punto di partenza, giusta il sistema deduttivo, cioè la *specialità di*

organismo cerebrale, è un fatto non provato, e negato anche dai fisiologi ed anatómisti.

La *specialità psichica*, ossia delle idee, sussiste realmente; ma questa vi ritorna ancora alla metafisica.

E così avviene difatto; imperocchè l'argomento stesso dell'*autonomia* dell'essere (o personalità, secondo il senso rigoroso della parola) è tolto di pianta dalla metafisica; con questo però, che staccato dalla sua naturale radice dissecca e non produce alcun frutto.

Concludiamo; Ardigò sentì la coscienza della libertà; ma disconoscendo gli argomenti, su cui questa si fonda, i quali fanno capo appunto ai due principii ontologici *Dio ed immortalità dell'anima*, prese a prestito le frasi dalla scuola metafisica, e con queste, associate a gratuite asserzioni fisiologiche, pensò rinnovare la dottrina della libertà; come con eguale sistema, quale appare nella sua *prolusione*, rinnoverebbe egli lo scibile umano.

259. Con maggiore logica, uno scolaro di Ardigò negava la libertà in un lavoro già sopra citato e giudicato. Qui mi importa accennare ad un altro recentissimo scritto dello stesso autore (*Nuovi orizzonti*, ecc., ecc., 1881), in cui si rafferma la identica negazione, e di questa appare in breve più chiaro l'argomento principale ed il surrogato alla libertà, per potere ancora ristabilire la teorica della *imputabilità necessaria* a giustificare la pena.

Ecco l'argomento principale del Ferri: « in natura tutto è regolato da legge inesorabile; niun effetto, senza causa, quindi l'atto umano è necessariamente predisposto ». Nulla di nuovo davvero: è il solito argomento di casualità logica, a cui già rispondeva l'antica filosofia.

Sta però il principio: che l'atto umano è razionale; quindi necessariamente predisposto da motivi di ragione. Ma regge in parte soltanto la conseguenza; imperocchè la

predisposizione non è *determinazione* della volontà e si può conciliare, come sopra si è mostrato, colla libertà stessa.

FERRI invece salta un gradino e ammette la responsabilità senza libertà, e la ammette perchè « ad ogni uomo spetta in proprio l'azione da lui compiuta ».

Siamo in un circolo vizioso: si domanda appunto, perchè gli *spetta in proprio?*

Se escludete la libertà della azione, non avete altro a contrapporre che necessità a necessità; la necessità di delinquenza alla necessità della conservazione sociale.

Così questa nuova scienza ci ricondurrebbe al primitivo e più rozzo concetto della pena ed all'abbrutimento dell'uomo.

Conchiude FERRI « se il delinquente è nato malvagio, la società non ne ha colpa e provvede a sè ».

La società insomma « punisce, come ammazza un cane arrabbiato ».

È giustificata con ciò ogni specie di repressione; e quindi anche la pena di morte, la quale, solo per argomenti estrinseci, il FERRI vorrebbe abolita.

260. Tutto ciò procede dalla negazione dei principii alla metafisica necessariamente attinti.

L'armonia, come è nell'ordine fisico, così è nell'ordine morale, e, se si negano alcune verità fondamentali, crolla tutto l'edificio.

Così il diritto penale, per una associazione logica di idee altrove esposta, fa capo a DIO, al BENE assoluto, all'eterna giustizia; e l'uomo ritrae in sè il raggio della divinità, ragione prima della umana giustizia. « Il magistero penale ha il fondamento della propria legittimità nella legge suprema dell'ordine imposto da DIO all'universo. Questa formola che compendia la nostra credenza scien-

tifica intorno al fondamento del diritto di punire ha bisogno di essere piuttosto illustrata che dimostrata (CARRARA) ».

261. E con questo ordine supremo imposto da Dio, come conciliare l'umana libertà? Valga in risposta quanto dice MARCO LOMBARDO nel canto XVI del *Purgatorio*

« Voi che vivete ogni cagion recate
Pur suso al cielo, sì come se tutto
Movesse seco di *necessitate;*
Se così fosse, in voi *fora distrutto*
Libero arbitrio, e non fora giustizia
Per ben, letizia, e per male aver lutto.
Lo cielo i *vostri movimenti inizia;*
Non dico tutti; ma, posto ch'io il dica,
Lume v'è dato a bene ed a malizia,
E *libero voler,* che, se fatica
Nelle prime battaglie col ciel dura,
Poi *vince tutto, se ben si nutrica* ».

Questa dottrina ci dà, come giustamente avvisa il FERRANTE (*Dante, il determinismo, e la vera teorica della libertà*), la teorica della libertà; imperocchè, ammettendo solo l'impulso esteriore nel movimento della volontà, esclude il fatalismo o la *necessità* dell'atto umano. La volontà si muove dietro un motivo o una forza; ma da ultimo si determina per sè stessa, e da ciò sorge la responsabilità e la ragione del merito o demerito, del premio o della pena, la più sublime nota caratteristica dell'uomo stesso, il fondamento della moralità delle sue azioni.

Lo maggior don, che Dio per sua larghezza
Fece creando, e alla sua bontate
Più conformato, e quel ch'Ei più apprezza,
Fu *della volontà la libertate,*
Di che le creature intelligenti
E tutte e sole furo e son dotate.

Paradiso, C. V.

e altrove

> Color che ragionando andaro al fondo,
> S'accorser d'esta *innata libertate;*
> Però *moralità* lasciaro al mondo.
>
> *Purgatorio*, C. XVIII.

Chi si arresta alla superficie dell'atto umano non può riconoscervi altro che un movimento fisico, una vibrazione cerebrale; può anche, sulle stringenti deduzioni di Bain, di Spencer, di Stuart Mill, ammettere un *intimo senso* governatore di tutte le vibrazioni, ma non oltre. Dategli vita, nome a questo intimo senso, ed avrete la libertà.

Ed a ciò sono gli sperimentalisti obbligati dai loro studii, che sono pur quelli dello spirito; *Geistes oder Gemuthskrankheit*...; in modo che ammettono come malattia, che esclude l'imputabilità, la *privazione completa del senso morale* (Lombroso, *Imbecillità in una donna ladra e prostituta, Arch. di Psichiatria*, vol. II, fasc. II); or bene questa vita morale, questo spirito non sono i nervi, ma, al disotto di questi, è essa la coscienza, che muove il sistema nervoso: tolto ciò, non vi ha psichiatria. — Ecco la sede del reato! Nella coscienza dell'io, nell'essere autonomo, indipendente.... Ciò è così vero che lo sperimentalismo stesso nel reato riconosce la *volontà* individuale ritrosa alla collettiva; nè può il delitto concepirsi altrimenti, per quanto si smarrisca il concetto, sotto il quale vi ha la libertà, in vane circonlocuzioni.

262. Impossibile parlare di legge e negare la libertà. E ciò per due rispetti: 1.° perchè data la necessità degli atti umani, non vi ha impero sovrano oltre il destino. Se agli atti umani si impone una volontà, è perchè a questa l'uomo può *uniformarsi*, altrimenti l'impero sarebbe inefficace; 2.° perchè la facoltà stessa di dettare la

legge presuppone la *libertà* nel legislatore. Sull'accordo ed armonia di questa libertà si erigono tutte le istituzioni civili e politiche. KANT, il grande rinnovatore della filosofia, su quale principio fondava le sue dottrine? Sull'autonomia dell'essere, o libertà individuale, donde la collettiva rappresentata dalla legge; donde anche la lotta.... Escludete la libertà, non vi rimane che la forza.

La legge poi, effetto della libertà, è ad un tempo causa di questa: *servi legum sumus ut liberi esse possimus.*

262. Dalla dottrina esposta è facile dedurre la pratica conseguenza: che dove nella libertà è riconosciuta la genesi del reato, là si trova il rimedio e la cura.

Il FERRI testè iniziava il suo corso di lezioni a Siena colla dichiarazione: che i seguaci della scuola classica sono fuori di strada perchè curano la malattia, come i medici antichi, facendo astrazione del malato; mentre gli sperimentalisti ed i medici moderni si occupano dell'ammalato individualmente e del delinquente (*La scuola positiva di diritto criminale,* 1883).

Per incidenza avvertiamo: che qui il giurista si converte in medico e prende dal processo di quest'arte il suo indirizzo. Grave sproposito in ordine logico, che procede dal disconoscere l'armonica distinzione e successione di tutto lo scibile e dalla negazione delle scienze morali in genere.

Ciò però che vivamente ci commove è la asserzione che *noi non abbiamo cura del malato.*

Sostenitori della libertà individuale, è logico e naturale che noi concentriamo tutte le nostre forze sull'individuo moralmente infermo. Gli sperimentalisti invece, che non riconoscono nella volontà del delinquente la *genesi del reato,* bisogna di necessità che facciano astrazione dell'individuo e che si occupino oggettivamente dell'ambiente

sociale. Avanti poi alla *necessità del delitto*, non rimane che il desolante rifugio della pubblica violenza: il delinquente non è che un *cane arrabbiato*, che va ucciso per la comune salute....

Il concetto della libertà, è il solo che serba inviolata la umana dignità, che ci conforta nelle caritatevoli cure prestate al condannato, colla speranza di conversione. Togliete la libertà, non avete avanti che un pazzo o un bruto!

Così alla libertà precede l'intelligenza, la quale si incammina per diversi stadii: 1.° la coscienza intellettuale di un'azione esterna; 2.° la nozione riflessa di questa azione; 3.° il rapporto dell'azione stessa colla legge; 4.° l'apprezzamento possibile degli effetti minacciati dalla legge; 5.° la determinazione definitiva.

Alcuni atti intellettivi, colla debita riserva del linguaggio usato dalle scuole, pônno pure in parte trovarsi nei bruti; come nei bruti si danno gli atti volitivi spontanei.

Da ciò è facile riconoscere il gravissimo errore di quelli che, negando la libertà, limitarono l'imputazione ad un atto dell'intelletto o della volontà.

La caratteristica dunque dell'atto umano è solo la *libertà*, la quale sfugge ad ogni prova *sperimentale diretta;* mentre sperimentalmente (come del resto avviene di tutti i fatti psichici esterni) è proclamata *a*) dalla coscienza universale, ed è sancita *b*) dalla legge.

Non vogliamo qui certo sviluppare il primo argomento; possiamo però richiamare quanto sopra si disse intorno alla genesi del diritto penale, nei frammenti omerici, nella scuola pitagorica e platonica, nelle dodici tavole, nella filosofia italica, ed in particolare in CICERONE.

Di quest'ultimo sono da considerare specialmente i trattati *De natura Deorum*, *De divinatione*, *De fato*, *De*

officiis, De legibus, nei quali libri si trovano confutate precisamente le dottrine avverse alla nostra scienza; laonde anche qui siamo obbligati ad esclamare *nil sub sole novi!*

Meno ancora sentiamo il bisogno di appellarci alle testimonianze della legge, essendo troppo evidente il fatto dei Codici attuali. Chi del resto voglia averne schierate le disposizioni non ha che a leggere l'opera recente del Bruck, intorno alla *Dottrina della capacità imputativa penale* (Breslau, 1878).

264. E qui ci arrestiamo, *perchè la lunga via ci sospinge.*

Ci sia concessa venia per l'intemperante sviluppo di questo argomento: la giustificazione di che è data *dallo scopo* di questo lavoro (Vedi *Prefazione*).

CAPITOLO QUINTO.

IMPUTABILITÀ: DOLO E COLPA

—

BIBLIOGRAFIA.

Celsus Bargalius, *De dolo.* Hannover 1603. — Donellus, Commentarii, XV, 41. — Grolman, *Ueber die Begriffe von dolus und culpa* (Sui concetti di dolo e colpa). 1797-99. — Löhr, *Die Theorie der culpa* (La teoria della colpa). 1806. — *Beiträge zu der Theorie der culpa* (Studii sulla teoria della colpa). 1808. — Hase, *Die culpa des römischen Rechts* (La colpa nel diritto romano). 1815. — Kritz, *Ueber die culpa nach röm. Recht* (Sulla colpa nel diritto romano). 1823. — Feuerbach, *Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere* (Considerazioni sulla colpa e il dolo in generale e il dolo indiretto in ispecie). — Michelet, *De doli et culpæ in iure criminali rationibus.* Berlino 1824. — Krug, *Ueber dolus und culpa.* 1854. —

VOIGT, *Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung bezeichnender technischen latein. Ausdrücke* (Sulle variazioni di significato di alcuni termini tecnici relativi alla imputabilità). — PERNICE, *Labeo*, vol. II. — BINDING, *Normen*, II, § 37-44 e § 50-73. — ZANI, *Del dolo e della colpa in materia penale.* 1868. — RUBO, *Quæ sit doli natura?* 1857.

ARGOMENTO.

265. Della responsabilità in generale e della *imputabilità* in particolare — 266. Il dovere preesistente al diritto. — 267. Tre doveri offesi dal reato. — 268. *Soggetto agente* del reato. — 269. Le *persone giuridiche* non ponno essere imputabili di reato. — 270. Difficoltà che si oppongono. — 271. Necessità del *dolo* e nozione di questo. — 272. Della *colpa*. — 273. Distinzione di dolo e colpa. — 274. Dolo e colpa *quasi-dolo*: *diretto* ed *indiretto*. — 275. Altre distinzioni respinte. — 276. Dottrina del dolo secondo il Diritto Romano. — 277. Idem della colpa. — 278. Opinione di BINDING e relativa confutazione. — 279. Dalla libertà *relativa* deriva la *gradazione* di imputabilità. — 280. Difficoltà che si oppone e soluzione di questa. — 281. La nostra dottrina è confermata dalla legge. — 282. Dissidio fra i medici legali. — 283. Modo di comporre questo dissidio. — 284. Diritto Romano.

265. Dalla genesi del reato deriva la logica conseguenza: che si attribuisca questo all'autore ed ai complici, siccome causa *efficiente* e *libera* dell'azione.

Questa responsabilità però è affatto *indeterminata*, e non può dar luogo al diritto e al dovere della *imputazione*, se non si ammette un rapporto fra l'*atto delittuoso* e l'*autorità di chi giudica*.

Si dice *imputabile* un'azione in quanto può essere *oggetto di un giudizio;* ma *legittimità* di giudizio non si può supporre, se non vi ha prima *un rapporto, una obbligazione,* fra il giudicante ed il giudicato.

Questa obbligazione non può consistere esclusivamente in un principio astratto: poni quello di KANT « agisci in

modo che la libertà dell'uno possa esercitarsi a fianco degli altri, secondo una *norma generale* », perchè rimane ancora aperto il fianco alla opposizione: per quale ragione pratica (ed a questa tende la dimostrazione) i cittadini sono tenuti conformarsi ad una volontà generale ?....

266. Si dice: il reo *deve* rispondere alla società ed al rappresentante di questa della propria azione; ma appunto la parola *deve* vi indica preesistente il *dovere,* il quale fa capo ad un principio superiore di indole meramente morale, da cui la società stessa riceve l'ordine di propria esistenza.

267. Qui specialmente si avvisa la necessità assoluta, che il diritto sia *distinto*, ma non *separato* dalla morale. Secondo questo corso di idee, è facile il vedere: come il reato, violando tre doveri di ordine diverso, secondo i tre giudici, da cui è garantita l'osservanza del dovere stesso, incontra tre correlative imputazioni; *morale,* nei rapporti colla divinità; *penale* nei rapporti colla società; *civile* nei rapporti colla persona offesa.

La prima imputabilità è sempre da presupporsi nel reato e costituisce in genere la *capacità imputativa;* la seconda, si dà quando è stabilita *nel fatto* in specie la *responsabilità dell'autore,* di fronte alla legittima autorità del giudice, autorità, che deriva dalla *necessaria* costituzione della Società civile e dall'offesa di questa; la terza, quando viene a constatarsi il *danno della offesa.* Noi teniamo calcolo soltanto della *imputabilità penale.*

268. A chi può essere imputato un reato?

Anzitutto ad una *persona uomo,* in cui solo vi ha realmente la determinazione del volere.

269. Le persone quindi morali o *giuridiche,* siccome enti fittizi, mere finzioni o idealità, non avendo un *volere proprio,* ma essendo la risultante di più volontà, *non ponno essere imputabili di reato.*

Queste Società sussistono come tali a ragione del loro scopo, che non può essere *contro legge;* epperò la volontà *loro risultante,* non *può essere criminosa;* che se è tale, cessano per ciò stesso, in relazione all'atto delittuoso, di esistere; e ciascun dei membri risponde del fatto proprio arbitrario (FEUERBACH, *Hand.*, ecc., ecc., § 28).

Di più la complessa volontà immaginaria di una persona giuridica è fuori della possibilità di sentire la *ragione* e l'*efficacia* della pena.

Lo Stato, dunque, le corporazioni, le fondazioni in genere, come finzioni giuridiche non hanno personalità reale come è dell'individuo; epperò non sono imputabili: l'imputabilità cade direttamente sopra i rappresentanti del corpo morale, secondo la varia partecipazione.

270. Questa è la dottrina comunemente seguita dalle scuole, ma non sappiamo dissimulare, che incontra essa qualche difficoltà nella storia del diritto antico, ed in alcune leggi eccezionali moderne, le quali del resto non crediamo che si possano a giusto dritto approvare.

271. Quando è imputabile di pena un'azione antigiuridica?

Quando vi sia l'*intervento diretto* della volontà o la *pravità di intenzione oggettivamente manifestata;* perciò abbiamo sopra dimostrato che elemento necessario del reato è il *dolo* o la *volizione diretta* ad *infrangere la legge, pienamente determinata* e *conosciuta dai fatti esterni.*

Definiamo così il dolo per distinguerlo dalla intenzione *soggettiva,* la quale è un fatto meramente interno, che si cela nell'animo dell'agente e non si può prestabilire in modo concreto nella legge.

272. Nella colpa pure vi ha l'intervento della libera volontà, ma solo *indirettamente* rispetto al fatto delittuoso,

in quanto cioè si è ommessa la necessaria diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili di un fatto criminoso.

Questa colpa poi secondo il grado, solevasi distinguere in *lata*, e *lieve*.

273. Razionalmente è facile distinguere il dolo dalla colpa; epperò la distinzione deve correre anche nella legge e ritenersi il principio = che in un codice penale non si può dare altra imputabilità che la dolosa. =

Siccome però *praticamente* l'*interesse pubblico* suole elevare a reato anche la semplice colpa e non si può nettamente risolvere il dubbio della colpa *quasi dolo;* così importa che sia dichiarata la eccezione, come abbiamo nel recente Codice di Zurigo: « le azioni colpose possono essere punite solo quando ciò sia espressamente prescritto nella parte speciale del codice. »

274. Il dolo poi (solo oggetto del Codice penale) può espressamente apparire dalla natura degli atti; o può dedursi da altri atti, che hanno rapporto col reato stesso; ma non ne sono la *necessaria* causa efficiente; o potrebbe anche derivare immediatamente da negligenza grave, i cui dannosi effetti sono previsti dalla legge: donde la distinzione di dolo *diretto* ed *indiretto,* e di colpa *quasi dolo*.

A mo' d'esempio: se si dà un omicidio per incuria di un cocchiere, abbiamo *colpa*, ma da taluno si dice esservi *quasi dolo* per la gravità del fatto preveduto dalla legge, che proibisce lo scorazzare all'impazzata; si dà per bastonatura e allora abbiamo il *dolo indiretto,* perchè il bastone non è l'istrumento ordinariamente atto ad ammazzare; si dà per esplosione di fucile, ed allora abbiamo il *dolo diretto*.

Secondochè poi le circostanze di fatto manifestano una improvvisa risoluzione o non anzi una matura deliberazione v'ha la distinzione di dolo d'*impeto* e di *proposito*.

275. Altre distinzioni date dalle scuole, di dolo *personale* e *reale*, *soggettivo* e *oggettivo*, *generale* e *speciale*, *determinato* o *indeterminato* noi le ripudiamo perchè fallaci e pericolose.

276. *Diritto romano.* È importante passare brevemente in rivista la dottrina romana del dolo e della colpa.

Dolus in origine significa « esca » (gr. δέλ-εαρ) e per traslato ogni mezzo di *adescamento* per trarre gli altri in inganno. Questa antica significazione si riscontra non solo ne' comici, ma anche nelle più antiche definizioni de' giureconsulti. Essi esigono la *simulazione* (*cum aliud simulatur aliud agitur*) la *finzione*, il *raggiro*. Non è più dolo, si dice in Plauto, quello che non sta nascosto. E così il *dolus* si contrappone a *uis*, l'aperta violenza; dualismo che si riscontra anche nell'antico diritto germanico.

Più tardi si sale a un concetto più elevato e generale. *Dolo* è la *mala volontà*, è la *coscienza del torto*, è in sostanza il lato etico tanto del reato come del torto perseguibile solo in via civile. In questo senso si dice ne' giuristi classici che anche chi opera con violenza è in dolo, che anche l'autore di rapina (*uis*) è ladro (*dolus*) e ladro di pessimo genere (Inst. 4, 2 pr.): e per vero non si può negare in questi casi la coscienza del torto.

277. *Culpa* invece parola di oscura origine (forse significante anticamente « offesa » « ferita »), mentre nel linguaggio comune non altrimenti che presso noi significava « torto » « imputabilità », nel linguaggio tecnico fu assunta per indicare quei casi, in cui taluno operava contro il diritto, senza però avere quella piena coscienza del torto che è necessaria a costituire il dolo.

I giuristi romani lontani da ogni astrazione partono da un caso concreto. Essi prendono il tipo reale del *bonus*

paterfamilias. È in colpa chi non ha agito come un b. p. f. avrebbe agito *in quell'occasione*. Non è dunque una norma assoluta, ma relativa a ogni circostanza, perchè il buon *paterfamilias* non usa in tutte le cose la stessa diligenza, ma diversa a seconda dell'importanza delle cose singole. Fu pertanto grave errore delle scuole distinguere colpa lieve e lievissima: tale distinzione ignorano i giuristi romani. Se trattando della *lege Aquilia* dicono che in essa è contemplata anche una lievissima colpa, ciò vuol dire solo che un buon *paterfamilias,* trattandosi di una cosa tanto delicata, com'è quella di non danneggiare la proprietà altrui, suole avere una grande attenzione. La norma è pertanto una sola; una sola la colpa.

V'ha però una specie di colpa di speciale gravità. Essa ha per contrapposto non la diligenza del buon *paterfamilias*, ma quella di un uomo qualunque, che non si distingua per una speciale temerità. È non vedere, come dicono le Fonti, quello che tutti vedono. Chi opera con tanta negligenza si espone troppo evidentemente al pericolo di offendere altrui, egli lo può prevedere e lo prevede benissimo come assai probabile e non se ne cura punto; — se non desidera, in certo modo vuole implicitamente il reato: è questa la *culpa dolo proxima* che ha tanta parte nel diritto penale romano.

278. Il BINDING ha negato questa dottrina e sostiene che *culpa lata* o *dolo proxima* sia quella dell'individuo, che prevede le conseguenze fatali del suo agire come sicure, ma non opera collo spirito d'infrangere la norma, bensì per leggerezza o per qualche motivo più scusabile. Se io vedo legato il servo altrui e lo prosciolgo e lo faccio fuggire non per offendere il padrone, ma per compassione, devo, per dettato delle Fonti, essere punito più mitemente. Il BINDING, ne trae la conseguenza che io non

fossi in *dolo*, ma in *culpa lata*. Difficilmente la sua teoria può sostenersi e troppo gravi argomenti gli oppose ALFREDO PERNICE nel secondo volume del « *Labeo* ».

E nemmeno accettabile è la teoria del BINDING, che il dolo richieda « conoscenza della norma » nel diritto romano. I giuristi romani sono in generale inclinati a non ammettere l'errore di diritto, e que' passi che il BINDING raccolse si riferiscono a « grazie » concesse, non a principii generali, *De lege ferenda* è tutt'altra questione.

279. Dal concetto di *libertà individuale* affatto *relativa,* come si è dimostrato *nella genesi del reato* deriva un *diverso grado anche di imputabilità;* imperocchè la deliberazione all'atto delittuoso può essere più o meno provocata e favorita da cause estranee alla libertà; e quindi per questo rapporto è esatto il dire: *che più o meno l'autore è responsabile dell'atto.*

Sopra tale concetto, accolto anche dal linguaggio popolare, si fonda il principio della maggiore o minore imputabilità.

280. Certo che, *astrattamente* parlando, un atto è libero o non è libero e quindi imputabile o non imputabile; ma siccome per rendere concreta questa imputabilità bisogna riferirla alle due umane facoltà, *intelligenza* e *libertà* e queste realmente sono *graduabili;* così è naturale che appaja graduabile anche la risultante imputazione: è naturale che si riconosca uno stato *intermedio* fra il *pieno* esercizio delle facoltà razionali e l'assoluta *aberrazione.*

281. La dottrina giuridica e la legge, almeno in Italia, rispondono a queste norme. (Vedi MANCINI, *Relazione*, pag. 161 e seg.).

282. Il dissidio invece sorge fra i medici legali. (Vedi retro: *Genesi del reato*).

Questi non negano l'influenza di cause esterne sul grado

di imputabilità o di pena; limitano invece la loro opposizione allo *stato intermedio* delle malattie mentali; e quindi respingono il temperamento, che tien dietro alla formola generale della imputabilità, quale abbiamo all'articolo 95 del Codice.

Sarebbero di questo avviso LOMBROSO, TAMASSIA, BINI e sosterrebbero invece il dettato della legge, LAZZARETTI, ZIINO e VERGA.

Sentiamo noi pure la difficoltà di ridurre al concreto questo stato intermedio di pazzia; ma poichè questo *esiste di fatto*, non crediamo che il legislatore possa dispensarsi dal tenerne calcolo, specialmente là, dove non esistono i Manicomi criminali. La necessità di questi istituti è specialmente propugnata dai psichiatri, a cui spetta l'onore dell'iniziativa; in particolar da LOMBROSO, alla cui recente *proposta di legge sui Manicomii criminali*, pub. sull'Arch. di psichiatria, ecc., vol. II, fasc. II, sottoscrivo pienamente.

283. Quando questi semi-pazzi (mi si passi l'espressione) si incontrino, essendo *problematica* la imputabilità, la formola del Codice non dovrebbe essere assoluta; ma lasciare dietro di sè aperta la via alla *Custodia* o Manicomio criminale: « il giudice può ordinare che la pena sia scontata in una casa di custodia ».

Del resto non è egli il caso qui di limitare la quistione alle malattie mentali; imperocchè, seguendo le traccie della legge romana, tutti i Codici attuali tengono calcolo di infinite cause, menomanti l'imputabilità: è necessario dunque rendere una formola che tutte le comprenda: « quando alcuna delle cause, di cui.... è tale che senza escludere del tutto l'imputabilità, la diminuisce grandemente, la pena sarà diminuita da uno a tre gradi ».

284. *Diritto romano.* Nel diritto romano si riconosce in massima generale esservi gradi molteplici d'imputabi-

lità e si lascia in proposito una grande latitudine al giudice, il quale provvede a seconda del caso. A questo infatti si devono riferire le parole di MARCIANO (D. § 8, 19, 11 pr.): *Perspiciendum est iudicanti ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa* (il complesso delle circostanze) *deposcit, set, perpenso iudicio, prout quæque res* (ogni caso) *expostulat, statuendum est.*

CAPITOLO SESTO.

MOMENTI MORALI DEL REATO — CAUSE SOGGETTIVE.

BIBLIOGRAFIA.

GIANELLI, *Sulle cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità.* — ZIINO, *Sulle cause che escludono, ecc.* — LAZZARETTI, *Sulle cause, ecc.* (Rivista penale, I, 405). — PUCCINOTTI, *Lezioni di medicina legale.* — FILOMUSI-GUELFI, *Sulle condizioni che escludono, ecc.* — LUCCHINI, *Delle cause che escludono, ecc.* — TAMASSIA, *Il nuovo Codice penale italiano e la pazzia parziale.* — V. KRAFFT-EBING, *Grundzüge der Criminalpsychologie* (Elementi di psicologia criminale). — BERNER, *Grundzüge der criminalistischen Imputationslehre* (Elementi della teoria dell'imputazione criminale). — LIMAN, *Zweifelhafte Geisteszustände vor Gericht* (Stati dubbi dello spirito avanti i tribunali). — TARDIEU, *Études médico-légales sur la folie.* — MAUDSLEY, *Crime and Insanity* (Delitto e pazzia).

ARGOMENTO.

285. Concetto dei momenti morali e fisici. — 286. Analogia fra lo stato del corpo e quello dell'animo. — 287. Distinzione. — 288. Suddistinzione delle cause personali. — 289. Concetto della intelligenza. — 290. Ostacoli al processo della intelligenza. — 291. Distinzione

285. *Momenti morali* del reato chiamiamo quelli, che si riferiscono non alla *potenza astratta* di agire, ma al *giudizio pratico* della azione o alla imputabilità penale, che variamente si concreta secondo i diversi argomenti, che influirono alla effettuazione del reato.

286. A quella guisa che riconosciamo l'uomo sano fisicamente e l'uomo con alterazioni latenti o palesi; così abbiamo l'essere morale sano, ma con modificazioni. Fra la sanità od infermità vi sono gradazioni prodotte da varie *cause*.

287. Queste cause sono *soggettive* o personali = quando affettano le facoltà razionali dell'agente =; sono *oggettive* o reali = quando, rimanendo intatte le facoltà razionali, si sovrappongono all'azione e *giustificano* l'atto, apparentemente delittuoso, in modo da dirimere ogni imputabilità penale =.

288. Le prime cause, siccome si riferiscono alle facoltà razionali; così si suddistinguono, secondo l'ordine delle facoltà stesse: art. 1.° cause dirimenti o minoranti l'imputabilità *relative all'intelligenza;* art. 2.° cause *relative alla libera volontà;* art. 3.° cause *relative al sentimento*.

ARTICOLO PRIMO.

CAUSE DIRIMENTI O MINORANTI L'IMPUTABILITÀ RELATIVE ALL'INTELLIGENZA.

289. La prima facoltà attiva razionale, donde ha origine l'atto umano è l'*intelligenza* o « quella potenza per cui l'uomo opera non spinto da una cieca inclinazione, ma dietro gli oggetti della sua mente; opera con cognizione,

opera secondo le ragioni che egli contempla. » (ROSMINI: *Principii di scienza morale,* cap. V, art. 1.°).

290. L'atto è libero, quando prima si determina per un fine o per un *oggetto conosciuto;* tuttociò quindi, che attraversa il processo naturale della cognizione, necessariamente influisce sulla imputabilità.

291. Questi ostacoli all'intelligenza, che escludono o turbano il corso naturale del pensiero, soglionsi distinguere in cause *fisiche* e *morali;* le prime provengono da difetto o alterazione nell'organismo corporeo; le seconde, da difetto o alterazione delle idee, le quali deviano la mente dal retto ordine logico.

292. § 1.° CAUSE FISICHE. — Queste si riferiscono all'*età*, al *sesso,* al *sordo-mutismo* e *cecità*, al *sonno* e *sonnambulismo* ed alla *pazzia.*

293 *a*). ETÀ. Secondo il processo fisico, abbiamo lo sviluppo morale; importa quindi dalla durata della vita determinare l'epoca del discernimento e lo svolgimento.

294. Questa determinazione però non è possibile in modo *assoluto;* imperocchè varie circostanze di fatto concorrono allo sviluppo vitale e morale: *razza, costituzione fisica, condizioni sociali, educazione,* ecc.

295. Come norma assoluta può solo ritenersi: che al *discernimento giuridico* deve precedere il *discernimento morale,* poichè il reato è dapprima *peccato* e come infrazione dell'ordine giuridico, presuppone la *cognizione dei rapporti sociali.*

296. Perciò se l'*infanzia morale* suolsi assegnare a *sette* anni circa, l'*infanzia penale* si estenderà dagli *otto ai dieci anni,* secondo l'ordinario sviluppo di un determinato popolo.

Questa infanzia poi deve includere l'*assoluta irresponsabilità* cioè = la presunzione di legge che al disotto

dell'età segnata nessuno possa essere tradotto in giudizio = quantunque si dia il caso che *malitia suppleat ætatem.* « Vedere sullo sgabello dei rei un fanciullo è spettacolo atto a destare più pietà o riso negli astanti, che a rinforzare il pubblico costume » (Nicolini, *Quistioni di diritto*, XVI).

297. Siccome poi l'infanzia è solo una *presunzione giuridica* e molte volte potrebbe darsi, che sia di maggior durata l'infanzia stessa; così è bene stabilire un secondo stadio di responsabilità *condizionata*, in forza del quale, volta a volta il giudice abbia a risolvere la quistione se l'imputato *abbia agito con discernimento.*

Questo sarebbe lo stadio di infanzia penale *intermedia* o *dubbia*, e potrebbe estendersi fino agli anni 14.

298. Cogli anni 14 il discernimento deve essere ammissibile, ma, poichè la *maturità del consiglio* vi manca, è necessario supporre una *grave minoranza di dolo;* e quindi in questo stadio di *impubertà penale* fino ai 18 dovrebbe diminuirsi la pena, poniamo di *due gradi.*

299. Dai 18 ai 21 (*minorità*) potrebbe anche darsi la piena responsabilità; è però bene in ossequio allo stadio di *maggiorità*, che la legge stabilisce a 21 anni, determinare una minorante di *un grado.*

300. Quanto alla *vecchiaja*, osserviamo; che l'*eventuale* infiacchimento delle forze intellettuali è compensato dal maggior senno ed esperienza.

La *decrepitezza* poi è per sè stessa una malattia.

301. *Diritto romano.* Gli *infantes* o minori di 7 anni si reputano affatto *incapaci* di reato [cfr. D. 9, 2, 5, 2 — 48, 8, 12 e 47, 2, 23]. Gl'impuberi venivano puniti [sempre più mitemente], se nel caso concreto si manifestava che fossero « doli capaces » [cfr. D. 48, 19, 16, 3 — 50, 17, 108 e Cod. 9, 47, 7]. — I minori de' 25 anni solo per eccezione sono trattati più mitemente degli altri: *non mai*

per stupro e adulterio (cfr. D. 4, 4, 37, 1 e fr. 9, 2 cod. 48, 5, 13, 36, 38). Solo in un caso (a proposito del S. C. Silaniano) è ammessa l'attenuante della vecchiaia (D. 29, 5, 3, 7). È però generale la regola di Cl. SATURNINO (D. 48, 19, 16, 3): » in rei consideratione ætatis quoque ratio habeatur ».

202 *b)*. SESSO. Che la ragione del sesso sia causa influente sulla intelligenza la è verità *fisiologicamente* provata (LUSANNA, *Fisiologia della donna*), senza dedurre per ciò la conseguenza; che la donna sia da meno dell'uomo (LEGOUVÉ, *Histoire morale des femmes*). A ciascun sesso la natura ha date speciali attitudini; orbene, secondo queste, non è dubbia la maggiore importanza, che abbia l'uomo nei rapporti sociali, per conoscerli ed apprezzarli convenientemente; in lui ordinariamente il soverchio di fantasia e di sentimento, non turba, come nella donna, il tranquillo processo della ragione. Questo è il solo titolo, che giustifica la grave differenza, che vi ha nell'esercizio dei diritti sia pubblici che privati a danno del sesso femminino.

Ma se si ammette la differenza nel diritto, perchè escluderla totalmente nella relativa obbligazione? La debolezza, che si suppone nel *riconoscimento dell'ordine giuridico*, si riversa naturalmente anche sul fatto della violazione di questo.

203. Questa è la ragione per cui non dubitiamo conchiudere con CARMIGNANI: « il sesso femminile è pure una giusta causa onde all'agente venga meno imputato il delitto ». Questa opinione è pure suffragata dall'antica legislazione, come prova il BACAREDA nel suo pregevole saggio giovanile (*La donna di fronte alla legge penale*, pag. 52 e seg.).

204. D'altrondè la *materiale parificazione* della pena

produrrebbe una reale differenza a danno della donna, perchè di fibra più sensibile e delicata; e si avrebbe come risultato = minor delitto, maggior pena =.

205. Non vo' per ciò dedurre la conseguenza che abbia a *priori* il legislatore a dettare in un codice penale norme diverse per l'imputabilità.

Ci basti una larghezza nella scala penale, perchè possa il giudice applicare il criterio prestabilito nei singoli casi; dappoichè questa differenza nella donna deve essere avvertita più che in genere, dalla specialità delle circostanze, che accompagnano il reato.

Così pure la differenza deve riflettersi sul trattamento speciale nelle case di pena, di che parleremo più avanti (V. *Trattato della pena*).

206. *c*) CECITÀ E SORDOMUTISMO. — Se coesistono questi due difetti è *esclusa ogni imputabilità;* perchè mancano i due organi, mercè cui si acquista *conoscenza dei rapporti giuridici.*

207. Il *cieco* gode dell'organo principale per la consociazione; ma non è dubbio: che, malgrado l'uso della parola, si trova esso in una condizione assai inferiore degli altri cittadini vedenti; epperò il suo difetto sarà sempre *circostanza mitigante,* senza bisogno del resto, che se ne tenga calcolo speciale nelle norme sulla imputabilità.

208. Anche il *sordomuto,* possedendo un *mezzo indiretto* per la consociazione, *può* essere capace di imputabilità (VERRATI, *Sulla imputabilità dei sordomuti*); non si dovrà mai però pareggiare la condizione del mutolo a quella del parlante e la imputazione sarà sempre *relativa allo sviluppo educativo.*

209. Dietro questo indirizzo è facile dedurre praticamente: che l'*infanzia penale* nel sordomuto, dovendosi attendere una seconda natura dall'educazione, si protrarrà

sempre più tardi, poniamo fino ai 14 anni, e relativamente attenendosi a questo tardo sviluppo negli *stadii successivi*, *sarà prudente* non ammettere mai la *pienezza* della imputabilità e ritenere perciò sempre il mutolo nell'età minore ai 21; perchè, data pure la massima educazione, sarà difficile riparare completamente al difetto dell'organo diretto per i rapporti della consociazione.

210. Altra conseguenza si volle pur derivare dal principio suesposto; cioè = la mancanza assoluta di imputazione dove *manchi l'educazione.* =

La norma sta pure razionalmente e valga per il giudice onde esaminare volta a volta se il sordomuto fu istruito in modo da potere acquistare cognizione delle proprie azioni; nel codice poi non si determini tassativamente questa causa, ma cada sotto la clausola generale se *abbia agito o no con discernimento.*

211. *Diritto romano.* S'inclina in diritto romano ad ammettere un minor grado di dolo per le donne, cfr. D. 48, 5, 38, 7 — 48, 13, 7 (6) — 48, 16, 4 pr. cet. — I sordomuti vengono parificati agli « imbecilli »: « *surdus quoque inter imbecillos numerandus est* », cfr. D. 29, 5, 3, 8. Nulla è stabilito a parte pe' ciechi: in concreto avrà però il giudice nella sua latitudine tenuto calcolo di tutte queste diverse condizioni.

212. *d*) SONNO SONNAMBULISMO. — Nel sonno è sopita l'intelligenza e quindi non si ha coscienza delle *parole* (*sonniloquio*) e degli *atti* prodotti in tale stato (*sonnambulismo*).

La successione logica degli atti per sè considerati del sonnambolo è affatto *illusoria* e non risponde punto all'esercizio della mente: tutto è effetto di fantasia. « Gli oggetti esterni si trovano in perfetta armonia co' suoi fantasmi, i quali sono la norma delle sue azioni e quelli che

propriamente iniziano, dirigono i suoi esterni movimenti.... Il sonnambulo può scrivere una lettera, rileggerla e correggere alcune parole sbagliate, ma tutto ciò fantasticamente...; in modo, che se si mutasse destramente il calamaio, sostituendone uno eguale pieno d'acqua, egli scriverebbe la lettera coll'acqua senza accorgersene punto e la correggerebbe come se fosse scritta coll'inchiostro. » (ROSMINI, *Lettera al sig. Prejalmint.* Milano 1841).

È esclusa quindi in modo assoluto l'*imputabilità dolosa.*

213. Solo si dubita, e con ragione della *imputabilità colposa,* quando cioè taluno, sapendo per esperienza di potere, in istato di sonnambulismo, commettere un reato per sovragitazione nervosa, non previene il pericolo, allontanando i *facili* mezzi di esecuzione. Così se un marito geloso, avvertito per esperienza del suo stato morboso, tenesse nella camera da letto la rivoltella, e fatto sonnambulo, assassinasse la moglie.

214. *e*) PAZZIA. — Questo argomento appartiene alla medicina legale (VERGA, *Se e come si possa definire la pazzia.* Milano 1874). Qui avvertiamo soltanto: 1.° al concetto giuridico accolto praticamente dalle scuole; 2.° alle distinzioni seguite dai codici; 3.° alle quistioni pratiche relative all'imputabilità.

215. 1.° CONCETTO. — Sotto il nome di pazzia si intendono in genere tutte le *malattie dell'animo,* senza riguardo alla *causa,* che le ha prodotte; imperocchè vi ha pure discordanza fra gli alienisti, sulla *sede* di questa malattia.

216. Dovrebbero per ciò indicarsi con un termine più generico di quello, che non fa la scuola italiana e dal loro effetto distinguersi col nome di *malattia dell'animo o dello spirito* (*Seelenkrankeit, Geistes oder Gemuthskrankeit*), anzichè di malattie *mentali,* le quali supporrebbero offesa una sola parte (la mente) della umana razionalità.

217. La scienza ora ci prova: che la sede di questa malattia non è solo il cervello, ma ancora una parte di questo, od anche, rimanendo integro l'encefalo, si vuol riconoscere la alterazione in altri apparati dell'organismo, poniamo nel sistema circolatorio, respiratorio, digestivo, o in qualche viscere, come il cuore o in particolare in qualche alterazione o lesione del sistema nervoso.

218. Si potrà affermare: che una grave perturbazione del cervello, *strumento del pensiero*, produca lo stato di pazzia; ma non si può affermare: che ogni pazzia sia prodotta da una certa perturbazione, come non si può oggi rigorosamente asserire: che ogni pazzia implichi alienazione mentale. — Può darsi un pazzo integro di mente e di pensiero..., almeno come *fenomeno,* quale cioè apparisce ai sensi del giudicante.

219. 2.° DISTINZIONE. — La difficoltà di determinare la sede e la natura di questa malattia toglie la possibilità di dare un'*esatta classificazione.* Per quanto ci riguarda, procuriamo di chiarire le distinzioni date dal foro e dalla legge e ciò nel modo il più pratico.

220. *a*) MANIA. = Esaltazione di tutto lo spirito per prepotente violenza esercitata dai nervi: errore quindi di tutte le sensazioni, coscienza esaltata, irascibililità, disperazione, e facile passaggio ai due estremi, prepotenza e avvilimento, tristezza e gioja, amore ed odio. =

221. *b*) MONOMANIA. = Predominio di un' idea, e con ciò coscienza esagerata, falso criterio, insensibilità morale, abituale malinconia con accesso di delirio nel caso di contrasto. =

222. *c*) DEMENZA.= Intelligenza assopita con coscienza desolata e volontà inerte, inutili sforzi di memoria e di attenzione. =

223. *d*) IDIOTISMO. = Imbecillità, stoltezza, stupidità, abbrutimento. =

324. 3.° QUESTIONI. — *Quid* della *mania parziale?*

Quantunque sia un delirio sopra un solo oggetto; pure *ordinariamente* (e noi la norma dobbiamo derivarla dal fatto ordinario) è tale l'impero, che questo oggetto esercita, da produrre una *totale aberrazione* della mente; e quindi togliere il discernimento e la riflessione.

325. *Quid* dei *lucidi intervalli?*

Dato l'abito morboso, devesi ritenere l'alienazione in stato potenziale anche nei momenti di calma.

Quelli pure che ammettono l'imputabilità nei lucidi intervalli, avvisano, come BERNER, di andare assai cauti; — « perchè il turbamento può occultamente esercitarsi nel fondo dell'animo o facilmente sfuggire alla osservazione. »

326. *Quid* della *pazzia ragionante?*

Non è dubbio che vi ha uno stato di pazzia, in cui apparentemente *integre* sono le facoltà mentali; epperò la condotta logica del pensiero è regolare. In tal caso però eviterei la espressione *ragionante,* sostituendovi altra più propria di KRAFFT-EBING, *Demoralizzazione o smarrimento morale* (*Moralisches Irrsein*).

Si badi bene; ogni alterazione mentale produce anche un'alterazione dell'atto volitivo o morale; ma può darsi anche che, rimanendo, secondo i dati della perizia medica, intatte le facoltà intellettuali; una causa fisiologica perturbi il processo della volontà.

327. Certo che è assai difficile designare qui l'*imputabilità in causa* (V. avanti n. 355); epperciò crediamo nostro dovere il determinare per questa, come per tutte le quistioni che riguardano la pazzia, le norme pratiche imposte al legale, cioè:

1.° Evitare i giudizii assoluti: l'animo preoccupato da sistemi o da legge è il più grave impedimento alla ricerca

del vero; 2.° procedere per ciò con somma cautela, e appena sorga il dubbio sulla malattia dello spirito sospendere il giudizio e rimettere la cosa ai periti; 3.° prudenza nella scelta dei periti, lasciando loro la massima libertà delle ricerche, e prestando solo l'indirizzo nei rapporti strettamente legali; 4.° in caso di discordanza provocare nuova perizia; 5.° finalmente, finchè non siano istituiti i *manicomi criminali,* alla pena del carcere, sia possibilmente sostituita la *custodia* nei casi dubbii.

328. *Diritto romano.* Le diverse specie di malattie mentali sono nel diritto romano comprese sotto il nome di *furor.* Al giudice spetta l'esame psicologico del reo: egli deve decidere se e fin dove possa essere imputabile (Cfr. Dig. 48, 8, 12; 18, 9, 9, 2 cet.). Nel caso di pazzia pericolosa il giudice ordinava issofatto il ritiro e la reclusione del reo. Se però il reo aveva commesso il delitto in un lucido intervallo si riteneva punibile (Cfr. l'interessantissimo rescritto di MARC'AURELIO e COMMODO in Dig. 1, 18, 14).

329. § 2. CAUSE MORALI. — Supposto regolare l'esercizio delle facoltà mentali, può egli avvenire: che, per condizioni anormali di fatto influenti sul pensiero, l'ente giuridico reato, o *non si comprenda,* o sia compreso *erroneamente;* da qui due cause diverse: *a*) *ignoranza,* *b*) *errore.*

a) IGNORANZA. — È questa = la destituzione d'ogni idea relativa ad un oggetto =; si distingue in *ignoranza* di *diritto e di azione,* secondo che riguarda la legge o i costitutivi materiali del reato.

330. L'ignoranza della legge non esclude nè scema la imputabilità, quando della legge stessa sia avvenuta regolarmente la promulgazione: *lex non obligat nisi rite promulgata.*

Il fatto della promulgazione stabilisce la *presunzione* della cognizione della legge.

Non si deve per ciò dire che l'*ignoranza* in genere (V. un passo avanti) *della norma non si ammette, perchè il cittadino ha il dovere di informarsene.* Nulla di più vano di questo tanto ripetuto argomento. Infatti chi ignorando la norma delinquesse, si farebbe tutt'al più reo di un'*ommissione;* ma non avrebbe perciò l'animo d'infrangere la norma, che è pure il requisito del dolo.

Quanto alla specialità del diritto penale, è bene avvertire: che la *nozione del reato* (escludendo da questa le contravvenzioni di polizia, impropriamente dette reato) ha pure la *naturale* promulgazione nella umana coscienza.

221. L'*ignoranza di fatto* poi esclude l'imputabilità per ciò che esclude il dolo, non potendosi supporre *diretta intenzione* di violare la legge, quando per mancanza di nozioni si crede, che quella determinata azione non sia illecita.

E per tale rispetto anche la *ignorantia iuris* (non però di diritto penale) potrebbe giustificare un atto apparentemente delittuoso.

Una moglie, dietro verbali intelligenze prese col marito, alla morte di questo, dispone liberamente del patrimonio; orbene, si potrà obbligar questa madre a restituire la parte dovuta ai figli; ma non si potrà mai imputarle il reato di furto o di appropriazione indebita.

Qui però sovviene la distinzione di ignoranza *vincibile* ed *invincibile*, quando cioè si poteva superare e quando non la si poteva.

Nel caso suaccennato la moglie poteva allegare di non conoscere le regole di successione e di credere che la parola del marito valesse come testamento; ma questa presunzione non reggerebbe più dopo la sentenza civile, che obblighi al pagamento.

Il Binding si spinge oltre ancora e ammette che l'ignoranza della norma anche in diritto penale renda *impossibile il delitto.* Ad ogni modo egli si vede costretto a ricorrere a tali presunzioni e a tali cautele, che in pratica la sua teoria non riesce a diverso risultato.

232. *b*) L'errore è falso giudizio o inconvenienza dell'idea coll'oggetto, ed incontra le stesse distinzioni e regole relative alla ignoranza; poichè l'errore stesso si risolve in una *ignoranza parziale.*

233. Notiamo solo le due forme principali: 1.° concepire un atto delittuoso, che *realmente* non è tale: si crede di uccidere un uomo e si uccide invece una fiera: in tal caso vi ha *peccato,* ma *non reato*; 2.° si crede compiere un'azione lecita, ed invece si dà esecuzione a un atto proibito dalla legge penale: si crede di uccidere un lepre ed invece si uccide un uomo; in tal caso avremo soltanto l'*imputabilità a colpa*, per omissione volontaria di diligenza, la quale avrebbe dissipato il fatale errore.

234. L'errore poi, perchè escluda l'imputabilità, non va parzialmente considerato nel fatto in ispecie, ma considerato relativamente all'*istituto o all'ordine giuridico offeso;* perocchè questa è la ragione che giustifica il diritto punitivo. Poniamo: taluno intende uccidere Cajo ed invece ammazza Sempronio. Qui vi ha realmente un errore parziale di persona; ma la volontà dell'agente è pur sempre *diretta all'assassinio;* questo fu consumato su di una persona, *poco* (non dico *nulla,* perchè l'errore di persona può mutare qualifica) importa oggettivamente il rapporto dell'assassino colla persona uccisa.

235. *Diritto romano.* In quanto all'ignoranza di fatto, essa serve di valida scusa; non così (checchè dica in contrario il Binding) l'ignoranza di diritto, tranne che la *rusticitas* o altra ragione mitigante l'accompagni, Cfr. D. 48, 10, 15 pr. C. 1, 14, 9 D. 50, 17, 108 cet.

ARTICOLO SECONDO.

CAUSE DIRIMENTI O MINORANTI L'IMPUTABILITÀ RELATIVE AL SENTIMENTO.

226. La teorica del sentimento è forse l'argomento più grave, che affatica l'ingegno del pensatore. Noi abbiamo procurato di raccogliere dalle recenti dottrine, sia di fisiologia che di filosofia, quanto più da vicino riguarda l'imputabilità penale, assistendo con dolore allo spettacolo indecente di novatori giuristi, che, propostosi questo problema (PUGLIA, *Il sentimento e l'impulso motore*), abborrono da ogni tradizione filosofica; e limitandosi alla fisiologia, incapace alla relativa soluzione, si smarriscono in nebulosi concetti e frasi convenzionali, al cui confronto la scolastica è sole di primavera.

Sentimento = è la coscienza stessa di sua esistenza nel soggetto; e le modificazioni di questa esistenza, che si manifestano specialmente nel corpo. =

227. Il sentimento, suolsi dire, è *passivo*. Dubitiamo, o per lo meno crediamo immatura questa asserzione, finchè non è risolto empiricamente il problema del primo atto della vita. La materia è inerte (assumo questa parola nel significato convenzionale relativo all'umano organismo), il *principio attivo* la deriverebbe da un sentimento *fondamentale* e dalla *intelligenza*.

Checchè ne sia però e, dato pure che in origine il sentimento si riconosca passivo, non è dubbio che una volta mosso, eserciti la sua azione sulla intelligenza e sulla volontà, e può esercitarla, in modo da turbare entrambi o l'una delle facoltà.

338. Noi qui analizziamo partitamente queste cause, che derivano dal sentimento in genere (*attività prima* e *modificazioni del corpo*) e sentiamo il bisogno di uno studio speciale, perchè queste spiegano in parte il paradosso della così detta *pazzia ragionante* (V. retro 326).

Queste cause possiamo ridurle alle seguenti: 1.° costituzione fisica speciale; 2.° allucinazione; 3.° passioni; 4.° ubbriachezza.

339. § 1. Organismo fisico. — Non è dubbia l'azione dei sensi sull'intelligenza ed entro questi confini accettiamo la formola scolastica ereditata oggi dal materialismo: *nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu.*

Lo studio quindi del sistema nervoso ed in particolare delle anomalie offrirà gran luce, per ben determinare il giudizio della imputabilità.

Anche qui però dobbiamo evitare un facile eccesso, cioè il supposto di tale conformazione fisica, poniamo dei lobi cerebrali, a cui è data dai fisiologi la massima importanza attiva, da produrre la *necessità dell'azione.*

340. Si pervenne fino alla *localizzazione delle facoltà,* che produce il *fatalismo frenologico.* Questa dottrina è:

a) Contraria all'*esperienza;* perchè si ammette come causa, ciò che è effetto. Noi vediamo in vero che gli stessi atti umani ripetuti danno un'*impronta* alla *fisionomia* e dobbiamo perciò supporre che la diano anche al cervello; per cui se nel cervello poniamo di un'omicida vi si trovasse una *configurazione caratteristica,* dovrebbe credersi o almeno dubitarsi: che sia l'effetto de' suoi atti liberi morali, che lasciarono un solco anche nel fisico. Bisognerebbe per sostenere la tesi dei frenologi aver fatto l'esame del cervello dell'assassino, quando questi era ancora bambino, e trovare poi la conferma della *necessaria attitudine* nei fatti posteriori.

b) E contraria alla *logica;* perchè dove è ammessa la distinzione dell'essere *morale* e *fisico* (e qualunque siano le frasi, con cui si vuol celare, questa distinzione è pure riconosciuta dai frenologi) naturalmente il primo, come di ordine superiore, deve essere dominante.

c) È per sè *distruttiva;* dacchè la varia e discordante disposizione delle facoltà fatte nelle diverse cellule dai frenologi conduce alla totale negazione: *inclusio unius est exclusio alterius.*

d) Manca di *fondamento;* dacchè i filosofi stessi non hanno ancora ben determinato il concetto concreto delle facoltà stesse, ciò poniamo che sia *benevolenza* in confronto a *gratitudine; vanità* in confronto ad *orgoglio;* or bene come localizzare queste facoltà vagamente apprese?...

Finalmente per mio conto posso dire di avere contrario il *fatto fisiologico;* per ciò che avvertii col prof. Porta (V. la *razionalità del diritto penale*) in alcune gravi lesioni del cervello la permanenza delle relative facoltà, che avrebbero dovute essere attutite secondo i principali frenologi (V. retro N. 249).

341. Del resto escludendo la *necessità* degli atti umani, in forza dell'organismo fisico, ed in particolare del cervello, non neghiamo certo una relativa influenza o attitudine come sopra (V. *genesi del reato*) e concediamo anche la possibilità che questa influenza giunga a tal segno da togliere anche la libertà; ma in tal caso abbiamo i *delinquenti abituali,* la cui imputabilità si riappicca cogli atti liberi primitivi (V. avanti 355), od abbiamo i *pazzi criminosi:* due casi di anomalia (e quali leggi di natura non presentano eccezioni!) e non gia processo naturale dell'atto umano.

342. § 2. Allucinazione. — È questo un argomento, che si meritò gli speciali studii dai psichiatri moderni ed in particolare del nostro Verga.

243. E siccome si presenta come tesi nuova alla scienza penale; così mi credo obbligato fra le discordanti opinioni, rassodarne la dottrina; in modo da poterne dare un indirizzo sicuro anche per la pratica penale.

244. *Che cosa è allucinazione?*

Allucinazione, da *hallucinari* ingannarsi, travedere, è, secondo Esquirol, « uno stato, in cui si ha l'*intimo convincimento* di una sensazione *attualmente percepita,* mentre non vi ha oggetto esteriore proprio ad eccitare questa sensazione e portarla ai sensi. »

Il signor Berti, nel *Dizionario di medicina,* corregge questa definizione, che pecca di superfluità, e chiama l'allucinazione: « Percezione di sensazioni, che paiono, ma non sono, provocate da agente esteriore. »

Altri si limitarono a dire, essere le allucinazioni *false sensazioni* o *nozioni erronee* (*Dictionaire des sciences médicales*).

Se i primi, a nostro credere, peccarono *di difetto* limitando il fatto dell'allucinazione ad *una sensazione attualmente percepita,* ed all'apparente impressione di un agente esteriore; gli altri peccarono *di eccesso,* per ciò che il concetto generico di false sensazioni e nozioni erronee può convenire a qualunque malattia dello spirito. E per tale riguardo l'allucinazione non sarebbe altro, come è detto nel *Dictionnaire du médecin,* Paris 1855, che una *specificazione di alienazione mentale.*

Crediamo potersi definire l'allucinazione: — Una prepotente azione del sentimento, per cui ci si *presenta come reale* ciò che punto non sussiste. — Linneo ed ultimamente Descuret, che subordinarono l'allucinazione alla classe delle malattie d'immaginazione, scambiarono l'effetto colla causa. Perocchè nel presentarsi di una immagine fallace riconobbero la sede della malattia, mentre questa presentazione non è che l'*effetto* di una causa più profonda.

E qual'è questa causa?

245. La troviamo nel conturbamento totale o parziale del *sentimento;* e si noti bene che la parola sentimento va assunta come *sinonimo di sentire nel più largo significato;* quindi non solo le sensazioni, ma anche *la prima attività dell'anima, che spontaneamente aderisca al suo esteso,* quel sentimento primitivo e sostanziale, che ogni uomo esprime pronunciando il vocabolo *io.* È un grande pregiudizio, dimostra ROSMINI, il credere che tutto il sentire si risolva nelle sensazioni speciali suscitate dagli stimoli extrasoggettivi.

E tanto basti sul significato della voce *sentimento.* Ciò che a noi più importa si è la considerazione di questo rispetto alla vita, all'imputabilità, alla legge penale.

246. Dire che allo sfasciarsi dell'organismo l'uomo non è più, è un definire *la morte* e tutti ci intendiamo; il problema è ben diverso quando io domando ragione *della vita.* Parlare di stato dinamico, di forza, di psiche, di calore ed anche di *sustrato* secondo SCHIFF ed HERZEN, è già qualche cosa, perocchè ciò vi indica la necessità di un elemento di coesione nelle parti organiche; il quale elemento non è l'organismo, perciocchè all'organismo si sovrappone e vi rimane immutabile ed indipendente. Un fisiologo tedesco, profondo matematico e filosofo, il prof. HELMHOLTZ, studiando l'occhio in mille e più pagine fitte e concettose, ammira questo elemento di coesione anche nella vista: « Il contenuto di ciascun campo visivo (sono sue parole) arriva alla nostra coscienza senza essere legato per una disposizione organica a quello dell'altro, e per conseguenza la *fusione* de' due campi visuali in *un'immagine comune,* in quanto essa si produce, è *un atto psichico.* » (*Optique physiologique,* pag. 971).

La materia si rimuta incessantemente in modo che, a

testimonianza di un vivente fisiologo, un uomo a cinquant'anni avrebbe già per tre volte mutato il suo fisico: ma lo spirito *razionale* uno, immutabile in modo uniforme e progressivo procede nel suo sviluppo, nè può mai dire *basta*, e molte volte, nell'istante stesso in cui il corpo si sfascia, esso dimostra maggiore attività e splendore.

Questo concetto ci era necessario manifestarlo brevemente, per potere incamminarci con passo sicuro nella nostra analisi e dissipare quelle nubi che abbuiano le questioni gravi dell'imputabilità facendo dipendere ogni *fenomeno di coscienza* soltanto dalla condizione del fisico.

247. All'organismo dunque o alla materia precede una potenza. — La materia è in continuo moto si dice; orbene nessun corpo muove sè medesimo ed il principio del moto deve procedere d'altronde. Non dubitiamo perciò *richiamarci allo spirito*.

248. Del resto, importa ripetere che qui vi ha *distinzione* e *non separazione*. In un *atto razionale* segregare ciò che appartenga propriamente all'essere ideale, o all'essere morale, o all'essere reale, riesce assai difficile per non dire impossibile. Per quanto riguarda l'imputabilità penale, basti notare che l'essere reale o *la coscienza di sè nel soggetto o le modificazioni della propria esistenza* si manifestano *primamente*, poi vi tien dietro la *percezione intellettiva della cosa*, finalmente l'*adesione della volontà* o il principio morale.

249. Di tal maniera, qualora la malattia sia nel sentimento, cioè in una certa *disposizione ereditaria*, *acquisita* o *accidentale dell' anima a sentire in un determinato modo*, anche gli atti intellettivi e volitivi, che vi succedono, partecipano di questa speciale intima affezione, e quindi erroneo è il giudizio pratico dell'azione, *nè potrà darsi imputabilità*, quantunque apparentemente

si manifesti un normale esercizio dell'intelligenza e della volontà.

Ecco spiegata la frase *prepotente azione del sentimento.*

Non nego però che, una volta abituati ed adagiati, per così dire, i sensi secondo l'attività propria dell'animo, questi alla loro volta abbiano a riflettere la loro azione sull'anima stessa. Ciò però è un secondo atto nella *genesi psicologica;* e duolmi il dire che soltanto di questo secondo atto tennero calcolo alcuni fisiologi nelle allucinazioni mentali. Essi dallo stralunamento degli occhi, dallo sbalordimento delle orecchie, dalle agitazioni de' nervi, derivarono la conseguenza, che l'allucinazione procede dai sensi, mentre i sensi dapprima non sono che servi, per divenire poi alla lor volta entità agenti sull'anima. L'anima solo è sentimento attivo sostanziale.

250. Ammettendo nel sentimento la sede delle allucinazioni mentali, si toglie l'assurdo in cui cadono pur molti nel dare la definizione di queste allucinazioni.

Si dice che l'allucinazione avviene « quando si sveglia una sensazione mentre non vi ha oggetto esteriore capace ad eccitarla. « Orbene, non è forse vero che i sensi *percepiscono gli oggetti esteriori?...* Che i sensi per noi praticamente non sussistono se *non a condizione* degli oggetti esteriori? » « Noi non prestiamo, dice il citato Helmholtz (op. cit., pag. 506), facilmente ed esattamente l'attenzione alle nostre sensazioni, se non in quanto le possiamo utilizzare per conoscere gli oggetti esteriori; noi siamo invero abituati a fare astrazione di tutte le parti delle nostre sensazioni, che non hanno alcuna importanza rispetto agli oggetti esteriori. » E se questo oggetto non sussiste esteriormente, d'onde procederà la sensazione se non dalla vita intima dell'uomo?... Io per tale rapporto ritengo che più da vicino rasenti la verità l'opinione di

quelli, che ammettono l'allucinazione derivante dall'immaginazione, che non di quelli che la derivano *esclusivamente* dai sensi; imperocchè quest'ultimo concetto conduce all'assurdo di ammettere l'azione possibile de' sensi senza i requisiti a ciò necessari, e obbliga con una *semplice frase* ad escludere dalla classe delle allucinazioni alcuni fatti gravissimi quale è quello di colui, che crede avere una bestia nel ventre. Così BERTI (alludendo forse ad una lettura fatta all'Istituto Lombardo dal distintissimo fisiologo VERGA il 24 giugno 1858) dice che quello della bestia nel ventre (VERGA accennava ad un gatto nel ventre del malato) ed altrettali sono *concetti delirantl*, meglio che *allucinazioni*... Di questo parere non è certo il celebre alienista GRIESINGER il quale definisce le allucinazioni sensoriali *subjettive;* e se riconosce la sede della malattia nella massa nervosa del cranio, si è in quanto questa massa riceve e comunica la vita *del sentimento* (*Gemüth*).

351. Come poi l'anima possa ridursi a questo stato morboso di sentire, la è grave questione che va risolta colla diagnosi speciale delle singole malattie.

In generale bisogna avvertire: *a*) ai natali, imperocchè le prave inclinazioni dello spirito molte volte sono ereditarie; *b*) all'educazione domestica e sociale dacchè l'anima si informa alle condizioni esterne che la circondano,

> Ciascun si fascia di quel ch'egli è inceso
>
> (DANTE, *Inferno*, C. XXVI).

c) allo stato fisico del senziente, poichè noi abbiamo veduto come per il commercio dell'anima col corpo, eserciti massima influenza il fisico sul principio senziente, intelligente e volitivo; *d*) che perciò si debba aver riguardo anche al temperamento speciale, se nervoso, sanguigno, linfatico e

bilioso; *e*) e più ancora importa notare se vi ha qualche malattia nervosa ingenita; *f*) o qualche malattia morale o violenza, che tolga la libertà all'azione; *g*) e finalmente, per la questione del *momento*, in cui si manifesta l'atto, non saranno inopportune le osservazioni meteorologiche.

Se tutto ciò concorre nell'individuo e vi produce come ultimo effetto l'allucinazione, noi non dubitiamo asserire che l'agente del reato *possa essere anche spinto da una forza irresistibile*, quantunque integre le facoltà mentali e non abbia patito violenza al cuore.

252. *Come si distingue l'allucinazione dalla pazzia*, in proprio significato?

L'allucinazione è un fatto ben distinto dalla *pazzia* in genere, quantunque il più delle volte sia complicata colla pazzia; ed anzi alcune specie di pazzia trovinsi di necessità accompagnate all'allucinazione della vista, dell'udito, dell'odorato, del tatto, specialmente ne' deliri acuti, nella mania, lipemania, monomania e, se vi aggrada, anche in tutti i generi di follia. Altro però è l'asserire che chi è pazzo è anche allucinato ed altro il dire che chi è allucinato, è anche pazzo. Nel primo caso la pazzia è il male maggiore che trae con sè anche il minore. Che!... Socrate, Giovanna d'Arco, Lutero, Goethe soffrirono allucinazioni, e perciò li direte pazzi costoro? La pazzia sta alla allucinazione come la allucinazione alla *illusione*. Se uscendo di casa la sera vi illudete nel credere d'incontrare un uomo, mentre invece vi incontrate in una pianta, vi direte perciò allucinati?... E d'altra parte, se vi colpisce l'immagine di un fantasma, mentre nulla incontrate, vi direte pazzi?... Andiamo dunque *cauto pede* avanti di giudicare di alienazioni mentali. Col porre tutto in fascio si corre pericolo di dire seriamente che il mondo è una *gabbia di matti*; dappoichè quasi tutti, e specialmente gli uomini di genio

provarono le allucinazioni; ed anzi vi sono ancora a' nostri giorni alcuni, che provocano il primo stadio di allucinazione, quasi specie di estasi su cui posa tranquillamente lo spirito.

353. Come si distingue dall'*illusione* e dall'*estàsi?*

L'allucinazione che corre di mezzo fra l'intuizione (atto della mente) e la sensazione (prodotto dei sensi), è quel fenomeno per cui si percepiscono i segni sensibili della idea, mentre il reale nè punto nè poco sussiste; l'*illusione* invece è un falso apprezzamento di cosa sussistente; e l'*estasi* è una specie di ebbrezza spirituale per la forte tensione dello spirito in un oggetto singolare. In questi stati può darsi la coscienza di sè e l'uso della intelligenza. Se si passa la linea a tal segno da non avere più la coscienza di soffrire o di godere uno stato anormale e le impressioni tiranneggiano in modo esaltato, allora abbiamo la *manìa*, la *monomanìa* ed altre specie di pazzia.

354. Veduto che è e ciò che non è l'allucinazione, concludiamo nei rapporti colla imputabilità:

1.° Che l'allucinazione deriva dalla alterazione del sentimento fondamentale e dalla erronea percezione sensitiva.

2.° Si manifesta nella falsa coscienza di sè nel soggetto e nel falso apprezzamento delle proprie modificazioni, provando sensazioni, che non sono punto provocate da agenti esteriori.

3.° Benchè integra sia la mente e il morale, pure per l'intimo nesso fra gli atti intellettivi e volitivi ed il sentimento, partecipano questi atti dello stato morboso del *sensibile* e quindi *invincibilmente* erroneo può essere il *giudizio pratico* dell'azione; e quindi può darsi anche l'esclusione dell'imputabilità, specialmente quando si possono determinare positivamente le cause della malattia e l'allucinazione si spinga al segno da confondersi colla pazzia.

4.° In generale però l'allucinazione va distinta dalla pazzia, come dall'illusione e dall'estasi.

Può darsi anche uno stato allucinatorio, che poco o nulla influisca sull'atto criminoso; e quindi può darsi solo una menoma od anche nessuna diminuzione di imputabilità in chi fosse allucinato; come potrebbe perfino per forza di allucinazione applicarsi la *forza irresistibile* e quindi l'*irresponsabilità*, nonostante la premeditazione.

Da tutto ciò è facile il vedere come sia impossibile determinare delle norme *a priori* e doversi nei singoli casi dipendere dai periti, i quali, quando pure non assottigliassero lo sguardo sulla natura e distinzione di questa malattia, potrebbero però sempre applicarvi (e sarebbe meno male) la diagnosi e i principii, che reggono le così dette malattie mentali.

255. § 3. Affetti e passioni. — Dalla sede del sentimento sorgono gli *affetti* e le *passioni*.

Non è dubbio: che tutti gli atti umani e quindi anche il reato, sono un prodotto degli affetti, i quali, giudicati nei loro estremi, si risolvono nell'*odio* o nell'*amore*.

Per sè dunque gli affetti sono un *movente naturale* dell'azione, che non esercita alcuna influenza sull'imputabilità.

È però necessario studiare l'affetto come *causa prima* della passione.

Non è dubbio che ogni passione si risolve in un *affetto smisurato*, come non è dubbio, che sotto la veemenza della passione viene a mancare o a menomarsi la libertà e l'intelligenza. — Potrà dunque anche escludersi e menomarsi l'imputabilità?

È d'uopo avvertire alla natura dell'affetto, il cui soverchio si converte in passione: se cioè lecito od illecito, giusto od ingiusto.

Un marito fedele, offeso nel suo più sacro diritto, sotto

l'impeto della passione uccide il drudo di sua moglie, colto in flagrante; qui l'affetto prima era lecito, non gli si poteva determinare un confine; epperò resta a subirne l'ultima conseguenza: l'assassinio del drudo. Altrimenti avverrebbe se si scambiassero le parti fra l'assassino e l'assassinato; perchè la passione del primo sarebbe delittuosa fin dall'origine, ed avrebbe avuto il dovere di reprimerla.

Voi in tal modo fate rivivere l'imputabilità *in causa?* Sia pure: questa è frase, di cui si è abusato; ma poichè la scienza e la legge ne hanno rettificato il concetto, = impulso al reato avvertitamente seguito e liberamente assecondato, = quale difficoltà accettarlo, nel *primo* significato?

356. § 4. L'UBBRIACHEZZA presenta, come dice CARRARA, un carattere *proteiforme*, e noi la poniamo sotto la categoria delle malattie del sentimento, perchè lo stato fisiologico dell'ubbriaco, si riflette specialmente sul *sistema nervoso*.

Checchè ne sia della sua *sede*, sta il fatto che l'ebbrezza influisce sulla imputabilità dell'azione a seconda del suo carattere, se *giuliva* cioè *o furibonda* e *letargica;* se giuliva, come mera esilarazione, è solo una spinta alla volontà, che potrà menomare, non mai escludere la imputabilità; se furibonda e letargica, offuscando e paralizzando tutte le forze morali, *toglie assolutamente* l'imputabilità.

A questa distinzione corrisponde l'altra di ubbriachezza *piena* e *meno piena*.

Se l'ubbriachezza è piena, non si potrà mai dare *imputabilità dolosa*, ma solo *colposa;* e per questo rapporto torna opportuna la distinzione fra l'ubbriachezza *accidentale* e la *colposa*, quella cioè procacciata o volontariamente o per riprovevole imprudenza.

Alcuni Codici vi aggiungono anche l'ubbriachezza *preordinata al delitto,* la quale sarebbe *dolosa,* essendosi l'individuo ubbriacato, per commettere il delitto stesso.

In relazione all'imputabilità, stanno queste tre norme: 1.° Se l'ubbriachezza è *dolosa,* (caso assai problematico) imputabilità ordinaria; 2.° Se *accidentale,* nessuna imputabilità, *ebrius sine culpa non punictur* (FARINACIO, *Praxis Par.* 3.ª, pag. 142); 3.° Se *colposa,* imputabilità a colpa e quindi soggetto alla giustizia preventiva o a leggi di polizia.

257. *Diritto romano.* L'ubbriachezza (*ebrietas temulentia*) viene in diritto romano parificata alla *colpa* e giustamente poichè chi scientemente si ubbriaca si mette in pericolo di delinquere. I reati pertanto commessi da un individuo in questo stato non vengono puniti in via ordinaria: il giudice provvede a un conveniente castigo, che ha piuttosto funzione preventiva. (REIN, *Criminalrecht,* 212 e Dig. 48 19, 11, 12 — 49, 16, 6, 7 — 48, 3, 12).

ARTICOLO TERZO.

CAUSE DIRIMENTI O MINORANTI L'IMPUTABILITÀ RELATIVE ALLA VOLONTÀ.

258. L'atto umano può essere turbato nell'ultimo stadio del suo processo psichico, cioè nella determinazione della volontà, la quale tien dietro al moto dell'intelligenza e del sentimento.

La violenza turba la *libera elezione.*

In tal caso però vi ha pure il concorso della volontà dell'agente: *coactus voluit set tamen voluit;* ma questa

volontà non è *libera* nella sua determinazione: *nemo ad impossibilia tenetur.*

Io ho ucciso sotto *minaccia* di morte; non è dubbio che abbia *voluto uccidere;* ma la *coazione* esercitata sopra di me toglie all'atto il carattere criminoso: vi ha *negazione di dolo.*

Questa violenza ed il calcolo di questa è *evidente;* può essere *interna,* ed in tal caso si risolve nel *timore,* il quale per influire sulla imputabilità deve essere: 1.° *ingiusto* (contra *ius*): perchè se la minaccia ha un fondamento *giusto* o giuridico sarà un atto *antigiuridico* la reazione; come sarebbe di chi, minacciato dell'arresto, si ribellasse alla forza pubblica; 2.° *grave,* che si riferisca cioè a un male che affetti il corpo nella sua integrità o il pudore: *vani timoris iusta excusatio non est* (Dig. 50, 17, 188); 3.° *imminente,* tale cioè, da cui non sia possibile sottrarci.

Del resto l'apprezzamento del timore è diverso secondo l'indole delle persone e le varie circostanze di fatto, che non si ponno a priori determinare, e si rivelano soltanto nella fattispecie: *voluntatis quæstio in æstimatione judicis est* (C. 6, 42, 7); epperò al legislatore spetta solo avvertire alla *forza irresistibile timoris causa: maioris impetus, cui resisti non potest* (Dig. 4, 2, 2).

259. *Diritto romano.* Nel diritto romano va specialmente avvertito che l'impero, a cui non si può resistere, scusa del reato. Ciò vale in special modo per gli schiavi, cui è forza obbedire ai padroni, e pei soldati. Ciò non è per una presunzione (come sarebbe da noi) che il comando debba essere giusto; ma perchè non si può fare a meno che ubbidire.

La cosa rientra dunque nel concetto di *violenza.*

CAPITOLO SETTIMO.

MOMENTI MORALI DEL REATO, CAUSE OGGETTIVE.

—

BIBLIOGRAFIA.

JESSEN, *Ueber Zurechnungsfähigkeit* (Sull'imputabilità). 1870. — HOPPE, *Die Zurechnungsfähigkeit*. 1877. — BRUCK, *Lehre von der Criminalzurechnungsfähigkeit* (Dottrina dell'imputabilità criminale). — SKRECKA, *Die Geisteskrankheiten im Verhältniss zur Zurechnungslehre* (Le malattie dello spirito in relazione alla teorica dell'imputabilità). — WHARTON, *A treatise on mental unsoundness* (Trattato di malattie mentali).

FRASER, *Quatenus in criminibus imputandis ætatis delinquentium habenda sit ratio*. Amsterdam 1844. — GOLDSCHMIDT, *Die Deliktsfähigkeit der Unmündigen* (La capacità a delinquere degl'impuberi). — MEYENDORFF, *Einfluss des jugendlichen Alters auf die strafrechtliche Zurechnung* (Influenza della età giovanile sull'imputabilità criminale). — BAUMERT, *Ueber die Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlicher Personen* (Sull'imputabilità e sulla punizione dei giovani). — SCHWARZE, *Ueber den Satz « malitia supplet ætatem »* (Sulla proposizione, ecc.). — ORTOLAN, *Sur l'imputabilité des jeunes gens.*

MITTERMAIER, *Sull'imputabilità degli ubbriachi* (Archiv. für Strafr. XII, 1). — KRAFFT-EBING, *Die transitorischen Störungen des Selbstbewusstseins* (Le perturbazioni transitorie della coscienza). — KNOP, *Die Paradoxie des Willens* (La paradossia del volere). Lipsia 1863. — CROLL, *An et quatenus jussio eum qui paret a pœna excuset eamue minuat.*

FRITSCH, *De præsidio necessitatis contra legem*. 1861. — HOMFELD, *Necessitas exlex*. — UNGER, *De iure necessitatis*. — ANTONIN, *Dissertatio de ui et metu*. — OERSTED, *Ueber das Recht der Noth* (Il diritto della necessità). — BERNER, *De impunitate propter summam necessitatem proposita*. — VAN DER MAESEN, *De iusta rei defensione*. 1807. —

BANG, *De moderatione inculpatæ tutelæ*. 1819. — SMET, *De legitima sui defensione*. — LENNEP, *De moderamine inculpatæ tutelæ*. 1827. — GEYER, *Ueber die Lehre der Nothwehr* (Sulla teorica della necessaria difesa). — GROTTENAUER, *Ueber Nothwehr* (Sulla necessaria difesa).

ARGOMENTO.

360. Cause *soggettive*. — 361. *Comando legittimo*. — 362. *Difesa*. — 363. *Giusto dolore*. — 364. Altre cause *indirette*. — 365. Diritto Romano.

360. Si ponno chiamare anche cause *giustificanti*, perciocchè la volontà dell'agente si trova o presume trovarsi nel diritto, per fatto *estrinseco* che toglie all'azione il carattere di reato.

Queste cause sono due: il *comando legittimo* e la *difesa*. — Si dubita se si debba dire lo stesso del *giusto dolore*.

361. COMANDO LEGITTIMO. Un fatto dalla legge considerato come reato, se commesso dietro ordine del *superiore gerarchico*, nell'*esercizio delle sue funzioni*, è ragione, che escluda o diminuisca l'imputabilità penale.

La esclude però quando, oltre il comando, vi sia la legittimità e la legalità di questo nella forma.

La diminuisce quando, non sia legittimo il comando del superiore e diffettino le formalità imposte dalla legge, che si presumono conosciute da chi dà esecuzione alla legge stessa.

Rispetto alla responsabilità, uopo è pure distinguere l'oggetto, su cui cade il comando: se cioè non presenti intrinseca pravità *non habeat atrocitatem criminis*. In tal caso la responsabilità, nonostante le forme legali osservate, cadrebbe con relativa diminuzione anche sul

comandato; altrimenti di un atto moralmente indifferente poni *violazione di domicilio* per visite, ecc. Per questo, ad escludere l'imputabilità, basta che il comando sia dato da superiore legittimo nei limiti di competenza.

262. DIFESA. — *Vim vi repellere licet, idque ius natura comparatum* (D. 1, 1, 3).

Deve essere questa: *a*) *giusta* e quindi contro un attacco antigiuridico; *b*) *imminente*, cioè sotto l'urgente necessità di respingere un'aggressione personale; *c*) *moderata;* poichè ogni eccesso è imputabile; *d*) *limitata* all'integrità personale o del pudore; *e*) *estesa* anche alla difesa altrui.

Si ammette pure la legittima *difesa della proprietà usque ad necem;* quando però questa implichi il pericolo alla persona.

263. Si pone fra le cause oggettive il GIUSTO DOLORE. Cade però questo sotto il titolo *delle passioni.*

L'istinto della vendetta, a cui aderisce il giusto dolore, va represso; ma non è dubbio, che in alcune circostanze speciali, la repressione stessa esigerebbe eroismo, e la legge umana non può spingere tant'oltre le sue esigenze.

Non siamo del resto corrivi nell'ammettere questa causa. L'intensità e la giustizia del dolore debbono essere luminosamente provate, quale *forza irresistibile.*

264. A queste cause si sarebbe tentati di aggiungere anche la mancanza del consenso della parte offesa ove questa è richiesta dal Codice; perciocchè tale mancanza *indirettamente* esclude l'imputabilità penale, in quanto toglie la possibilità che sia riconosciuto e punito il reato. È però egli un caso singolare, di cui renderemo ragione nel *trattato dell'Azione.* Qui avvertiamo: che non è *causa oggettiva morale;* perchè non *giustifica l'azione* colla presunzione nell'agente di esercitare un diritto o di sod-

disfare a un dovere. Il reato sussiste sempre, benchè l'imputazione non abbia effetto giudiziario.

365. *Diritto romano.* Quanto esponemmo vale pel diritto romano. In ispecie ciò va ripetuto della *tutela sui,* la quale in diritto romano aveva una più larga estensione che appo noi: essendo scusato non solo chi uccide o ferisce per difendere la propria esistenza e il pudore, ma anche per difendere la proprietà.

CAPITOLO OTTAVO.

MOMENTI FISICI DEL REATO.

Atti praparatorii — tentativo — reato mancato reato consumato.

BIBLIOGRAFIA.

BADER, *De conatu punibili.* 1646. — TURCKE, *De maleficiis cœptis.* 1680. — SULTZNER, *De impunitate conatus.* 1689. — SLAVINSKY, *De pœna conatus.* 1710. — ALBERS, *De pœna cogitationum.* 1714. — TENZEL, *De pœna criminis imperfecti.* 1730. — JAHN, *Harmonia iuris naturalis et criminalis in doctrina de imputatione criminis attentati.* 1734. — THOMASIUS, *An pœna delicti perfecti puniendus sit conatus proximus.* 1736. — HOFFMANN, *De initiis delictorum.* 1768. — HEIDEMANN, *De conatu delinquendi.* 1799. — CROPP, *De præceptis iuris romani circa puniendum conatum delinquendi.* 1813. — JORDAN, *De nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquendi spectantibus.* 1826. — LELIÈVRE, *De conatu delinquendi.* 1828. — ZACHARIAE, *Die Lehre vom Versuche* (La teoria del tentativo). 1836. — LUDEN, *Ueber den Versuch des Verbrechens* (Sul tentativo del reato). 1836. — OTTO, *Vom Versuche der Verbrechen.* 1854. — SEEGER, *Die Ausbildung der Lehre vom Versuche*

(Lo sviluppo della teorica del tentativo). — NICOLINI, *Del tentativo*. 1831. OPPERMANN, *Ueber die Unterscheidung von Vorbereitungshundlung und Versuch* (Sulla distinzione fra atti preparatorii e tentativo). — TARANTO, *Del tentativo*. — SEEGER, *Ueber den Versuch der Verbrechen nach römischem Recht* (Sul tentativo di reato secondo il diritto romano). 1882. — BUCCELLATI e FERRINI, *Il tentativo nelle leggi o giurisprudenza romana*. 1884.

ARGOMENTO.

366. Importanza e difficoltà di questo argomento. — 367. Attuazione del momento criminoso *perfetta* ed *imperfetta*. — 368. Reato imperfetto *positivamente* non sussiste. — 369. *Non sarà dunque punito il tentativo ed il reato mancato?* — 370. Risposta. — 371. Titolo della pena applicata al tentativo ed al reato mancato. — 372. Distinzione dell'argomento. — 373. Concetto degli atti *preparatorii*. — 374. Distinzione dal reato. — 375. Gli atti preparatorii non varcano la sfera dell'agente. — 376. Conseguenza di questo principio relativamente alla pena. — 377. Si respinge come titolo di pena l'*offesa al diritto universale*, se pure non equivale alla formola: *offesa all'ordine giuridico*. — 378. Si respinge la *eccezione per i reati politici*. — 379. *Ideale* distinzione fra reato *perfetto* ed *imperfetto*. — 380. Sinonimi *attentato* e *tentativo*. — 381. Concetto di *conato* e distinzione dal *tentativo*. — 382. Definizione data da ROMAGNOSI. — 383. Definizione di CARRARA. — 384. Ragione per cui ci atteniamo al concetto di ROMAGNOSI. — 385. Distinzione del tentativo dagli atti preparatorii. — 386. Requisiti del tentativo. — 387. Ritorno alla quistione del reato così detto imperfetto: si prova che il tentativo non può essere punito dal codice penale se non come *azione intermedia*. — 388. Concetto di questa azione intermedia. — 389. Distinzione. — 390. Cause della *interruzione*. — 391. Applicazione della dottrina esposta al fatto della pena. — 392. *Principii*, che si presuppongono, per la retta applicazione della pena. — 393. *Reati perfetti*, che hanno l'apparenza di tentativo. — 394. Distinzione di questi dagli atti preparatorii. — 395. Distinzione della pena degli atti preparatorii. — 396. Ragioni delle leggi *marziali*. — 397. Critica ai codici moderni. — 398. La dottrina esposta di fronte alla scienza. — 399. Riassunto. — 400. Quistioni principali. —

366. Di tutta la parte generale del diritto punitivo, non v'ha argomento, in cui le opinioni vadano così scisse, come nella teorica del reato imperfetto (GEYER, *R. Pen.* vol. XIV). È questa la matassa più avviluppata nel diritto penale; per trovarvi il bandolo è necessario anzi tutto distinguere l'*attuazione del proponimento criminoso perfetta dalla imperfetta.*

367. È *perfetta* quando completa è l'esecuzione, quando la libera elezione si è tradotta in atto pienamente, ad *summum;* epperò la *somma* degli atti concorre alla meta ed è *consumata* la *infrazione dell'ordine giuridico; imperfetta* quando non siano completi gli atti della infrazione, *crimen in itinere* (ALCIATO), o perchè insufficiente, nel quale caso (dicono le scuole) abbiamo il *tentativo,* o perchè mancato l'evento, nel quale caso abbiamo il così detto *reato mancato.*

368. Quest'ultima espressione pone in grave imbarazzo. — Si punisce il reato; ma se questo è *imperfetto,* se manca di tutto o di parte del suo costitutivo naturale, la *figura giuridica* non sussiste?... L'elemento soggettivo è *perfetto;* ma *cogitationis pœnam nemo patitur?* (ULPIANO). *Imperfetto* è l'oggettivo e ciò basta, per conchiudere: che quando *siamo per via,* e la meta non sia raggiunta (*tentativo, reato mancato*) non vi è reato; or bene, oggetto del codice penale è solo il reato... (art. 1 Codice Penale); dunque...

369. Non sarà dunque punito nè il *tentativo,* nè il *reato mancato?*

270. R. La conseguenza è esorbitante e precipitata. = Non sarà punito come *reato per sè stante* quella azione imperfetta o interrotta; ma potrà essere *punito* sotto due aspetti diversi.

1.° Come *contravvenzione di polizia,* in quanto che vi ha la ragione del *pericolo,* la quale ragione giustifica la *giustizia preventiva;*

2.° Come reato sarà punito quando sarà *completa l'oggettività giuridica relativamente ad un reato speciale,* che conduce a reato maggiore, secondo il fine propostosi: il delitto di ferimento è reato a sè e può essere *tentato omicidio.*

271. Il motivo quindi, per cui si imputa un delitto imperfetto, non appartiene al *diritto penale,* ma alla *polizia;* perchè non vi ha aggressione antigiuridica, ma solo *pericolo imminente* di questa; che se il diritto penale se ne occupa, è esclusivamente, come *circostanza aggravante,* per il nesso logico che un reato perfetto, poniamo il falso, ha con altro reato incompiuto, *l'appropriazione indebita.*

272. Queste idee si chiariranno meglio coll'analisi degli atti, che si succedono per giungere alla completa consumazione del reato, cioè atti *preparatorii, tentativo, reato mancato.*

Il cammino che abbiamo a seguire è irto di difficoltà *non razionalmente,* ma in ordine positivo, per i pregiudizii delle scuole e l'incertezza dei Codici.

ARTICOLO PRIMO

ATTI PREPARATORII.

273. Come indica la voce sono questi atti di loro natura *indifferenti;* epperciò *potranno per avventura* essere

oggetto di una legge di polizia, per il *pericolo minacciato* alla società: « laonde, dice Rossi, in tesi generale gli atti puramente preparatorii non debbono essere oggetto della legge penale ».

374. Si badi bene, come il concetto di reato includa quello di *attacco alla sfera giuridica altrui;* orbene, negli atti preparatorii (predisporre, poniamo, le armi per un omicidio, grimaldelli e chiavi per un furto, scale per un ratto, tipi per falsificazioni di carta-moneta) non si rivela ancora *positivamente il soggetto passivo,* o l'uomo che si vuole uccidere, o la cosa che si vuol rubare, o il biglietto da fabbricarsi: vi ha soltanto una *presunzione,* un *sospetto.*

375. Realmente gli atti preparatorii si riversano ancora sul *soggetto attivo* del reato, acquistano importanza solo per la *presunta* intenzione dell'agente; non varcano questi confini; epperò la società non può procedere alla *repressione.*

376. Saranno dunque impuniti?

Certo nel Codice penale, non sempre nel Codice di polizia.

Scopo politico si è di *prevenire* il reato; orbene, l'autorità, a cui è affidata l'azione di buon governo, deve procedere non solo quando si manifesta il pericolo (*attentato);* ma anche quando è *imminente:* (atti preparatorii). Siamo però sempre entro i confini della *giustizia preventiva.*

377. Nè credo che si possa giustificare la repressione ricorrendo al concetto del *diritto universale leso;* perchè questa è una mera *astrazione,* dove non appaja ancora il *soggetto passivo del reato,* e si rende *concreta* quando è *perfetta* l'infrazione dell'ordine giuridico.

Il riferirsi a vaghe espressioni, *diritto universale*, *pe-*

ricolo, turbamento sociale, ecc., ecc., senza concretare il concetto colla reale lesione di diritto, è malvezzo, che potrebbe autorizzare il legislatore a dichiarare *delitti perfetti,* atti, che, per sè stanti, non potrebbero essere nemmeno *tentativi.*

378. Così avvenne già dei *reati politici,* ed in particolare del *reato di cospirazione.*

A suo luogo affronteremo tale quistione. Qui ci basti avvertire: che i pregiudizii dell'antica scuola hanno turbato il criterio intorno a quest'ordine di reati; e che oggi ancora i nuovi principii di diritto pubblico non sono ancora a sufficienza rassodati, per determinare appieno la razionale dottrina (V. *Reati in ispecie: reati contro lo Stato*); vedremo pure quale importanza si meriti la sentenza di SALLUSTIO attribuita a CATONE contro CATILINA: « Hoc nisi provideris ne accidat, ubi evenit, frustra iudicia implores », con cui suolsi giustificare la considerazione degli atti *preparatorii* come reati in un Codice penale. *(Progetto* VIGLIANI. *Relazione).*

Non vi ha *eccezione* alla regola: = che gli atti preparatorii non sono costitutivo di reato; e solo ponno essere eccezionalmente oggetto della legge di polizia. =

ARTICOLO SECONDO

TENTATIVO.

379. Secondo quanto sopra si disse, idealmente vi sarebbe reato *perfetto,* quando è *consumata l' infrazione dell'ordine giuridico; tentativo,* quando l'infrazione avvenuta non ha raggiunto il suo *termine,* per una combinazione estranea alla volontà dell' agente, oppure non ne

sia susseguito l'*evento:* donde la distinzione accolta dalle scuole (*di attentato* e *di reato mancato*).

280. Praticamente (poichè altra cosa è nel nostro codice) si usano come sinonimi le voci *attentato* o *tentativo;* e tanto sia; ma non penso che si possa senza equivoco usare indifferentemente la voce *conato,* come fece taluno dei criminalisti.

281. *Conato* (checchè ne sia l'uso nelle fonti romane, di cui parleremo più avanti) dalla sua origine indica l'*impulso* o la forza, per cui taluno è spinto all'azione (FORCELLINI): così in Cicerone: *appetitu belluæ habent conatum ad naturales pastus capessendos.... comprimere nefarios conatus.*

Appartiene quindi il conato all'elemento *morale, soggettivo;* e gli atti di esecuzione fino all'ultimo saranno l'*effetto* di questo: per cui la voce *conato* potrebbe cagionare equivoco, riferendosi *anche* di preferenza all'atto interno.

« Pare, dice ROMAGNOSI, che il conato sia lo stesso riguardo al moto, che un punto riguarda alla linea »; ebbene, il punto è per sè impercettibile, quando lo si distingue è linea: esso quindi realmente è nella volontà, quando idealmente esiste, e quando è fatto *percettibile* è linea ed è principio di esecuzione. Siccome poi l'idealità sfugge alla legge ed al giudice; così il *semplice conato non può essere oggetto del Codice penale*. L'aver confuso il conato col tentativo fu effetto della confusione fra *soggettività morale ed oggettività giuridica,* fu un falso criterio del *momento consumativo* del reato, e l'ossequio all'antico linguaggio.

282. Riteniamo del tentativo la definizione data da ROMAGNOSI: *esecuzione incompleta di un delitto.* Ciò basti; qualunque sforzo non torrà mai la difficoltà di determi-

nare nei singoli casi l'istante preciso, in cui un atto non è più preparatorio, ma attentato; non attentato, ma reato mancato.

383. A prova di ciò, potremmo accennare brevemente all'ingegnose definizioni date da illustri criminalisti. Ci basti però in genere osservare che in queste si dà pure con evidenza la distinzione dell'atto *interno* dallo *esterno;* ma la nozione singolare e concreta del tentativo in confronto all'atto preparatorio ed al reato mancato, se non erro, difetta; imperocchè l'*univocità* degli atti (su cui, secondo Carrara, si fonda la caratteristica del tentativo) è concetto affatto relativo; di guisa che un identico atto può essere volta a volta giudicato dal giudice *preparatorio* o *tentativo*, secondo le circostanze, come può essere *tentativo* o *reato mancato,* secondo la singolare determinazione dell'evento, secondo che si avvisa che quell'atto fu *ultimo,* o che altro abbisognasse al termine: è un problema insomma che somiglia a quello della quadratura del circolo (Geyer, *loc. cit.*).

A che dunque torturare l'ingegno per specificare un'idea che di sua natura è generica?

384. Questo sforzo, se può giovare alle sottili indagini del filosofo, temo che possa offendere il criterio del giovane giurista rispetto alla legge ed al giudizio, a cui mira la scuola; onde, rispettando pure ciò, che fecero altri, noi siamo paghi della larga nozione data da Romagnosi, avvertendo soltanto ai seguenti termini di distinzione dati dalla pratica.

385. Sono *atti preparatorii* quelli, che non rappresentano un *principio di esecuzione,* nessuna minaccia del diritto; come il possesso d'armi, l'acquisto di veleni, l'ingresso nella dimora altrui; è *tentativo: l' aggressione*

minacciata della sfera giuridica altrui, come il propinare il veleno, lo spianare il fucile, lo sferrare una porta.

386. Donde i *requisiti* del tentativo: 1.° mala intenzione *preordinata* ad un certo reato; 2.° esecuzione *incominciata;* 3.° ma *non compiuti* gli atti della consumazione; 4.° sospesi questi od interrotti, per *causa indipendente dalla volontà dell'agente.*

387. Come imputarsi? Importa ripeterlo; il reato non è se non *idealmente parziale;* chè in ordine positivo l'atto consumativo deve sempre sussistere. Non si può imputare altro che un reato, e questo deve essere nella sua interezza. La distinzione quindi sopra esposta di reato *perfetto* ed *imperfetto* è solo praticamente relativa ad un diritto poziore offeso.

Uopo è per ciò distinguere bene nel tentativo l'azione *intermedia* dalla *azione finale.*

388. L'azione intermedia, poniamo *violenza privata,* non è che il mezzo, per raggiungere altra azione, poniamo *furto* o *ricatto,* di ordine maggiore perchè costituisce lo *scopo finale;* nella prima azione vi ha titolo speciale di reato, quantunque *tentativo.*

389. Taluno si prefigge un matrimonio e falsifica un documento, per ingannare l'ufficiale di Stato civile; tal altro tende ad appiccare incendio, e predispone la spugna pregna di petrolio.

Ecco due azioni intermedie e finali di ordine affatto diverso. Nel primo caso, l'azione finale, il matrimonio, è affatto innocente, la intermedia, il falso in documento, è rea. Nel secondo caso, viceversa: l'azione finale è rea; l'azione intermedia innocente.

390. L'interruzione poi della azione, in modo che non si possa raggiungere l'ultimo intento voluto dall'autore, può avvenire *spontaneamente* o *per forza altrui;* se *spon-*

taneamente, potrà essere questa una circostanza attenuante razionalmente, ma non potrà *mai mutar natura all'atto.* Consumato il reato di falso, se l'autore di questo non effettua dopo il matrimonio, il falso sussiste pur sempre come reato imputabile; e così, se predisposta la spugna, non vi si appicca il fuoco, l'atto sarà semplicemente innocuo e non potrà mai essere *oggetto di reato;* come non lo potrebbe, se mentre si sta appiccando il fuoco, una mano estranea impedisse l'accensione. In tal caso la ragione politica potrà giustificare soltanto l'applicazione d'una pena di polizia, perciò che il pericolo o la minaccia di questo fu manifesta.

391. Donde è facile dedurre: 1.° che se l'azione intermedia è già *per sè stante reato,* deve come tale esser colpita dal codice colla *circostanza aggravante* del fine poziore, a cui tende l'azione stessa; 2.° che se la azione è per sè innocente, l'interruzione *spontanea* toglie il nesso logico col reato; la forzata, può esigere un *provvedimento per prevenire il danno* imminente alla società da una volontà tenacemente ritrosa alla legge.

Con ciò si risolve chiaramente, a nostro avviso, la quistione sulla *ragione* e *sul modo* di punire il tentativo, di cui tratteremo più *avanti,* con licenza anche di lieve ripetizione.

392. Importa a chiarire questa teoria, richiamare tre principii fondamentali da noi sopra preposti; poichè le varie dottrine collimano ad un punto (V. *Teorie*); e sono: 1.° che *un pericolo* o il *danno* equiparato al pericolo (come vorrebbe Olivà — nelle *Memorie* Istituto Lombardo 1883) non giustificano la pena, non sono oggetto della giustizia repressiva; ma giustificano solo un *procedimento politico,* oggetto della giustizia preventiva; 2.° che il reato non consiste in una lesione di diritto privato, ma nella lesione

del diritto universale o meglio nell'*infrazione all' ordine giuridico,* offesa ad un istituto sociale; 3.° che elemento del reato, non è solo un atto violento, ma come diceva SATURNINO, *uno scritto, una parola,* un atto qualunque sovversivo dell'ordine sociale.

393. Da quest'ultimo principio (poichè dei primi due le conseguenze sono già derivate) procede: che molti atti, che hanno pure l'apparenza di tentativo, sono realmente reato consumato, come il *mandato,* il *comando* e la *cospirazione,* nelle quali azioni, lo *scritto,* la *parola,* il pravo *accordo* variamente manifestato o la *proposta accettata,* costituiscono l'*elemento materiale* del crimine o ponno anche costituire *partecipazione* ad altro reato (V. avanti *persone che ponno concorrere all'effettuazione di un reato*).

394. Nella *preparazione* invece di veleni, di petrolio, di dinamite, di strumenti, per fabbricare carta-moneta, ecc. si ha soltanto una *presunzione,* e quindi una *ragione di prevenire,* non di *reprimere* e ciò nello *stato ordinario* di una società *organata a giustizia.*

395. Dico *stato ordinario;* imperocchè può egli darsi benissimo; che una società sia gravemente turbata, in modo da dover provvedere all'*istantanea difesa* contro nemici interni, che minacciano anarchia o dissoluzione del corpo sociale (come attualmente si minaccia in Irlanda, Russia ed Austria). In tal caso (e così fu di CATILINA), alzata la bandiera della rivolta contro la proprietà, la famiglia, lo Stato, abbiamo una *guerra guerreggiata,* ed alla legge ordinaria punitiva è sostituita una legge *marziale, giustificata dalla necessità di respingere la violenza colla violenza.* Una tale legge, quale apparve quella contro il brigantaggio in alcune provincie italiane, e quale potrebbe essere contro l'internazionalismo o il comunismo,

provvidamente eleverebbe a reati straordinarii la fabbricazione di bombe incendiarie, di dinamite, ecc.

296. Non sarebbe irrazionale questa legge marziale? Rispondiamo: che non è pure *razionale la guerra,* come rettamente avvertiva HOLTZENDORFF in un recente opuscolo sulla *pace perpetua,* e noi siamo partiti dall'ipotesi di uno stato di guerra, di uno stato contro ragione. Si tratta del male minore. Se una legge non vi fosse dovrebbe di necessità imperare il cieco arbitrio, la forza militare *summa ratio regum,* lo che sarebbe la massima tirannia sociale.

297. Da ciò è facile riconoscere quanto inconsultamente alcuni codici moderni abbiano non solo considerati come reati *ordinarii,* alcuni dei gravi fatti suaccennati, ma ancora altri di minor conto, come il *porto d'armi,* il *brigantaggio,* l'*accattonaggio,* e va dicendo.

298. I principii che abbiamo esposti e che furono giudicati *radicali* (BRUSA, V. *Ateneo Veneto.* 1884, n. 1.°) hanno pure il loro fondamento nella *tradizione scientifica;* quantunque non ottennero finora la loro completa applicazione.

Causa di ciò furono l'*influenza delle teorie preventive* ed in particolare della *controspinta criminosa* (ROMAGNOSI) e dell'intimidazione (FEUERBACH); la *confusione di reato colla trasgressione di polizia,* di infrazione dell'*ordine giuridico* e *dell'ordine politico;* ed il *riconoscimento dell'elemento oggettivo* o materiale in una *lesione di diritto privato* o in un danno positivo.

Noi per ciò, volendo risolvere alla recisa il problema, abbiamo fatto richiamo ai sommi principii della scienza; e dietro questi abbiamo dichiarata la dottrina del tentativo.

299. La quale così si riassume: Il tentativo definito

da ROMAGNOSI non è che *una minaccia di pericolo* o *pericolo corso* (OLIVA), quindi *prossimo* o *remoto;* e come tale è semplice contravvenzione; acquista il carattere di reato (e quindi non è tentativo) quando la minaccia sia estrinsecata in modo da manifestare un' *aggressione al diritto.*

400. Dalla dottrina esposta, deriviamo in breve la soluzione delle principali quistioni relative al tentativo.

401. 1.° In quali misure punito?

Se è lieve, se non costituisce reato intermedio, avviamento a reato maggiore, il tentativo si confonde cogli atti preparatorii e deve essere punito *con pene di polizia;* se l'estrinsecazione antigiuridica è evidente e grave, come nel *comando, nel mandato, cospirazione* ed in atti di *usurpazione violenta,* costituisce una *figura per sè stante di reato;* e gli va applicata la pena speciale comminata graduabile, la quale poi nel supposto di altro delitto, a cui tende, è maggiore o minore secondo la maggiore o minore prossimità al delitto poziore; sempre però nei limiti della stessa specie: perocchè la *presunzione di attitudine ad un reato maggiore,* per quanto fondata, non può mai dare alla figura del reato, un carattere diverso di quello, che naturalmente gli conviene; nel ferimento *tentativo di omicidio,* nella violenza domestica, *tentativo di rapina,* nell'offesa al pudore, *tentativo di stupro,* saranno applicate le pene relative ai *singoli titoli di reato,* con circostanze più o meno aggravanti, secondo la maggiore o minore prossimità al reato.

402. 2.° Può darsi tentativo *involontario?*

Questa grave quistione, che affatica tuttora i criminalisti, dalla nostra dottrina è facilmente risolta; imperocchè, ammesso che il tentativo costituisca una mera contravvenzione, procede logica la conseguenza della possi-

bilità di tentativo involontario, ma sempre in ordine alle leggi di polizia.

Un medico ignorante o trascurato, con una ricetta sbagliata sta per avvelenare un infermo, il quale per bona ventura assaggia, ma non beve la fatale medicina. Se l'infermo avesse bevuto, e fosse morto, il medico sarebbe reo di omicidio *colposo.* Si può egli dire che essendo stata sospesa la azione sia egli colpevole il medico di tentativo colposo?

Sì; non però di *reato*, ma di *contravvenzione.* E chi non sente in questo caso il bisogno di un *procedimento disciplinare?*... ed è appunto questo che domandiamo.

403. Vi ha tentativo quando non idoneo è il mezzo a raggiungere lo scopo?

In questa grave quistione noi vediamo in lotta i più illustri criminalisti, come fra i più recenti: — MEYER, SCHÜTZ, GEYER, ORTOLAN, BERTAULD, TRÉBUTIEN, CARRARA, PESSINA, SCHWARZE, BAR, OLIVA, talora con loro stessi in contraddizione. (V. *Propedeutica al Prog.* ZANARDELLI. *Istituto Lombardo 1883*).

La dottrina però universale da ROMAGNOSI in poi, secondo CARRARA (*Pensieri sul progetto di Codice penale italiano*, Firenze 1874, *Del tentativo*), avrebbe costantemente e senza contraddizione insegnato,... « la condizione ontologica della sufficienza a raggiungere il fine, ossia la idoneità completa dei mezzi, fino all'ultimo momento, della consumazione subbiettiva ».

Il concetto di ROMAGNOSI deriva dalle seguenti parole: « Quando il tentativo riesce per sè stesso di una forza innocua, cioè manca di quella tendenza malefica, per cui poteva inspirare terrore, non può farsi luogo a repressione, la società e gli individui singolari di lei debbono essere sgombri di tema ed ottengono realmente quella

sicurezza, che in altri casi vedevano violata e che era titolo di pena » (*Genesi del diritto penale*, lib. II, cap. 2).

Noi, ritenendo il tentativo quale *contravvenzione* o *circostanza aggravante*, crediamo vana cosa sottilizzare sulla natura dei mezzi e lasciamo al giudice giudicare della relativa importanza degli atti delittuosi a mezzo il cammino; poichè è compito del giudice di polizia, di interpretare ed applicare la legge secondo *equità e coscienza morale*.

404. E se il concetto è *inidoneo?*

Siamo nell'identico caso dei mezzi non idonei. Così nell'inferocimento contro un cadavere coll'intenzione di ammazzare non si può più tutelare il *diritto della vita*, ma si può e si deve assicurare il rispetto che la comune coscienza rende alle spoglie umane: lo che potrebbe appartenere alla *polizia*.

405. E se *spontaneamente* il delinquente desiste?

Nel concetto, che noi abbiamo dato del tentativo, la desistenza non può riferirsi alla pena che gli si conviene; ma all'*aumento* per il rapporto con il reato maggiore; orbene, dove questo rapporto *ha cessato di essere*, per la *spontanea* sospensione, cessa di essere anche l'aumento; nella ipotesi poi di tentativo *semplice*, essendo questo per noi una contravvenzione di polizia, troviamo in ordine ai principii, che reggono appunto la giustizia preventiva, non solo opportuno, ma *necessario* il condono della pena; perchè non vi ha più *la ragione del pericolo*.

406. Vi ha una reale distinzione fra *tentativo* e *reato mancato?*

Di fronte all'attuale legislazione, la quale, meno il recente codice dell'impero germanico, ammette la figura di *reato mancato*, potrebbe apparire audacia soltanto il dubbio, specialmente alla scuola italiana, che con Romagnosi

introdusse questa distinzione sotto il titolo di *reato frustrato.*

Ed è appunto questo il motivo, per cui fui finora renitente alla dottrina, che naturalmente intuiva: oggi però, obbligato ad un'esplicita dichiarazione, mi sciolgo dai vincoli della scuola e rispondo *negativamente*, giustificando, del resto, la condotta logica di ROMAGNOSI.

Questi, procedendo con sistema geometrico, poteva sottilmente avvertire alla *ideale* differenza tra la parziale e la completa esecuzione degli atti, *senza però il successo*, per cause indipendenti dalla volontà dell'agente.

Si dedurrebbe la distinzione del reato mancato dalle seguenti note; 1.° esecuzione di *tutti* gli atti; 2.° *univocità* di questi, in quanto cioè siano necessariamente concorrenti a costituire il reato; 3.° la *mancanza* dell'*effetto* naturale; 4.° e ciò per *ragione estranea* alla volontà dell'agente.

In queste note differenziali però abbiamo la *reale* distinzione dal *reato consumato;* ma non ravviso la *reale* distinzione dal tentativo. Imperocchè *praticamente*, quando manchi il successo, non si può mai dire in modo assoluto che siano *compiuti tutti gli atti di esecuzione dall'agente voluti.* Questa è una mera ipotesi o supposizione e sopra un'ipotesi non si può fondare una figura di reato.

Concludiamo: = che la sola distinzione *positivamente* possibile senza eccezione è quella di atti *preparatorii* ed *esecutivi;* che il tentativo (indistintamente compreso in questo anche il *reato mancato*), come reato *imperfetto* non può essere oggetto di Codice penale: dappoichè si esige, in questo *completa la figura del reato;* che perciò il tentativo puro e semplice, riconoscendo il titolo di sua punizione solo nel *pericolo sociale* (e GEYER stesso riconosce esclusivamente questo titolo « il pericolo che una lesione

intervenga » (loc. cit., p. 371), deve essere oggetto di un codice di polizia; che può essere oggetto di Codice penale, quando sia delitto *intermedio* a reato maggiore, ed in tal caso costituisce *circostanza aggravante;* che finalmente il tentativo può essere oggetto di pena per *eccezionale* provvedimento politico sotto l'impeto dell'istantanea difesa. =

Parmi a questo punto di potere appropriarmi l'ultima sentenza data dal *Maestro di color che sanno.* « Dunque è positivo che non può dichiararsi conato punibile un fatto umano *che non ha aggredito nessun diritto* quantunque fosse posto in essere a fine scelleratissimo, e come prima estrinsecazione di questo pensiero. Questa massima è certa e positiva; è il cardine della scienza criminale. E la negazione della medesima equivarrebbe alla negazione della scienza. » (CARRARA, *Prolusione* 1883-84. *Essenzialità del conato punibile*).

Dalla dottrina esposta, fra *le molte sul tentativo tanto variate, quante sono le dottrine di diritto penale* (GEYER, loc. cit., p. 369) si fa evidente il concetto del *reato consumato,* quale risulta dalla suesposta definizione.

Qui rimane solo la indagine del *momento consumativo* Questo risulta dalla *aggressione* al diritto, imperocchè ogni qualvolta l'atto si limita alla sfera dell'agente abbiamo il peccato e non il reato; e se vi ha *minaccia di pericolo* ed anche *pericolo corso* (perchè si è varcata la propria sfera, ma non è seguita un'aggressione antigiuridica) abbiamo atti preparatori o tentativo oggetto di polizia.

Togliamo un esempio, il quale rivela un pregiudizio sorto dalle suaccennate distinzioni.

Ecco in qual modo una scuola recente determinava i quattro momenti speciali nel reato di furto: 1.° *atti preparatorii,* quando non fu ancora posta la mano sull'oggetto;

2.° *tentativo* colla apprensione dell'oggetto: 3.° *reato mancato,* quando l'agente sta per porre l'oggetto in sicuro; 4.° *reato consumato,* quando finalmente ciò che è rubato fa *parte dell'attività patrimoniale del ladro:* fino a questo punto non si raggiungerebbe il *termine ad quem* e l'azione sarebbe incompleta, mancherebbe perciò l'*atto consumativo.*

Lasciamo all'arguto Carrara (*Lineamenti,* ecc., ecc.) avvertire alla strana confusione della sfera patrimoniale nei vari casi di furto; qui notiamo solo che il momento consumativo si riverserebbe ancora sul soggetto agente; mentrecchè l'oggettività del reato si deve astrarre dall'agente stesso e considerare nella *irradiazione dell'opera turbativa dell'ordine sociale;* per il qual titolo non dubitiamo conchiudere *consumato il furto*, quando colla *amotio rei alienæ* è offeso l'istituto o il *diritto universale* della proprietà.

Ciò valga per qualunque specie di reato.

408. La dottrina esposta, poichè conduce a radicali riforme, abbisogna d'essere confortata da argomenti storici ed in particolare dal diritto romano, poichè su questo terreno appunto è combattuta da recenti criminalisti: Holtzendorff, Handbuch, 1. 32; Waechter, *Deutsches Strafrecht,* p. 203 e seg., ecc., ecc.).

Noi non abbiamo alcun esempio di leggi romane fino alle *questioni pubbliche,* in cui sia punito il tentativo. Anche le così dette leggi contro i reati di maestà non colpiscono che atti di loro natura già delittuosi, come la congiura o le intelligenze col nemico. Se nei giudizii comiziali troviamo qualche volta delle sentenze, che puniscono reati non ancora consumati, questo si deve alla qualità singolare di tali giudizii, in cui tutto dipendeva dall'impressione del momento, dal favore o dall'odio popolare.

Peggio ancora si fu, quando i retori (gli esempii abbondano nel *De Oratore* di CICERONE) cominciarono a padroneggiare ne' comizii.

Lo stato della società romana era sul fine della repubblica caduto orribilmente in basso. L'anarchia, le guerre civili, le proscrizioni, il decadimento del sentimento religioso e della pubblica morale avevano reso così comune il delitto, così incerta la pubblica sicurezza, che coloro i quali si proposero di restaurare la vita civile dovettero ricorrere a mezzi eccezionali. Donde una serie di leggi prima di SULLA e poi de' due GIULII specialmente per le *questioni pubbliche,* nelle quali vengono contemplati atti, che *materialmente* non sarebbero che *tentativi*, e puniti come i reati consumati. Ma tali leggi contengono un'enumerazione tassativa; quegli atti si consideravano *per sè stessi*, non *in ordine a un reato futuro:* essi sono *formalmente reati perfetti* Così nella *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (D. 48, 8, 1 pr. Paul. S. 5, 23, 3), nella *lex Cornelia de falsis* (D. 48, 10, 1. 1), nella *lex Pompeia de parricidiis* (D. 48, 9, 1), nella *lex Iulia de vi* (D. 48, 12, 2 pr.), nella *lex Iulia de maiestate* (D. 48, 4, 1. 1, Paul § 5, 29, 1) e nella *lex Iulia de ambitu* (Cod. Theod. 9, 26, 1).

Intanto sorgeva la giurisprudenza per opera di uomini insigni, ma non liberi dall'influenza di quelle condizioni sociali e di un'educazione troppo retorica. Non dobbiamo quindi maravigliarsi se i giuristi anteriori al grande triumvirato di CELSO, GIULIANO e POMPONIO abbiano pencolato alquanto riguardo a questa dottrina e, se non conseguentemente, pur qua e là siasi mostrata la tendenza a punire il sèmplice tentativo (cf. Dig. 47, 2, 68 pr. 41, 2, 3. 17. 10, 4, 5, etc. etc.). La quale tendenza trova la sua espressione anche nell'editto pretorio (cf. p. e. D. 3, 6, 3 pr.); ciò che è naturale, poichè o il pretore era egli

stesso giureconsulto o si circondava nel suo *consilium* de' migliori giureconsulti del tempo.

Ma la giurisprudenza seppe più tardi liberarsi affatto dall'influenza della retorica e allora si dichiarò *costantemente* non essere punibile il tentativo. Diciamo che si dichiarò *costantemente*, e ciò prova una serie di decisioni molteplici (p. e, D. 47, 2, 21. 7 Sent. Paul. 2, 31, 35. D. 47, 10, 5. 10 ibid. 15. 17, etc.). I *crimina extraordinaria*, che furono determinati e repressi specialmente in quest'epoca da una copiosa legislazione, che usciva dal consistorio imperiale, in cui sedevano i migliori giuristi, non si punivano che quando erano stati consumati; il passo di Paolo (D. 47, 11, 1 pr. 2) non è che un'apparente eccezione.

Invece noi non diamo alcuna importanza a quelle sentenze generali, che alcuni andarono a pescare nelle Fonti, secondo le quali si ritiene punibile o non punibile il tentativo. Poichè esse o non si riferiscono affatto alla pena (p. e. D. 50, 16, 225 cf. D. 21, 1, 23. 1), e non si riferiscono che ad una sanzione dell'editto (p. e. D. 48, 19, 18 cf. D. 2, 2, 1. 2), ovvero — ed è la maggior parte — alla *lex Cornelia* (p. e. D. 48, 8, 14 ib. 7 Paul. § 5, 23, 3). Alla *lex Iulia de ambitu* e alla *lex Iulia de ui* si riferisce (Cod. Theod. 9, 26, 1 cf. Paul. 5, 30, 1).

Ma negli ultimi tempi i crescenti disordini di quella società che si sfasciava reclamarono provvedimenti straordinarii. S'aggiunga quell'improvvida confusione di diritto e morale, di cui abbiamo fatto parola, trattando delle vicende del diritto penale in Roma. Per queste ragioni nelle leggi di quegli ultimi imperatori si trovava spesso punito il tentativo di delinquere non meno dello stesso delitto. Ma ciò che è più notevole si è che questo avviene appunto in quella nuova legislazione di carattere etico-religioso ed appunto per quei reati di nuova crea-

zione, di cui abbiamo altrove discorso. Noi per brevità rimandiamo il lettore a' passi seguenti (Cod. J. 1, 11, 7. 1 — 1, 12, 2. Cod. Theod. 16, 7, 4 — 16, 5, 40). È interessante pel confronto tra l'antica e la nuova dottrina il fr. Cod. 6, 6, 20.

Deriva pertanto da questo studio:

1.° Che il reato imperfetto (tentativo: reato mancato) veniva di solito considerato come non punibile.

2.° Che si puniva il tentativo come reato per sè consumato intermedio a reato maggiore: la tendenza a questo si riputava circostanza aggravante maggiore o minore a seconda della prossimità.

3.° Che il reato imperfetto era punito con leggi straordinarie, che avevano il carattere di provvedimento straordinario.

4.° Che nelle condizioni ordinarie era lasciato alla morale, alla polizia e alla correzione domestica il provvedervi.

Bene afferrò ALCIATO il concetto romano, quando scrisse: « aliud est crimen, aliud est conatus, hic in itinere, illud in meta est; sed ubi poena irrogatur oportet perfectum fuisse crimen. » (V. BUCCELLATI e FERRINI: *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana*). Ivi anche la dimostrazione essere falsa l'asserzione che il tentativo de' delitti privati non fosse punito per la semplice ragione che non ci fosse stato danno. Alla vera dottrina del tentativo in diritto romano s'era avvicinato N. NICOLINI (*Il tentativo*. 1831); ma non colpì neppur egli nel segno per l'idea preconcetta di voler giustificare la condotta del legislatore napoletano.

CAPITOLO NONO.

DELLE CIRCOSTANZE E DELLA RECIDIVA.

—

BIBLIOGRAFIA.

TIRAQUELLUS, *De poenis legum.... temperandis aut etiam remittendis.* 1560. — RICHTER, *De aggrauatione delictorum.* 1664. — STRECKER, *De iustis poenas mitigandi causis.* 1752. — HOFFMANN, *De poena ordinaria nonnunquam mitiganda.* 1762.

ZIEGLER, *Lehre der Schärfung der Strafe* (Teoria dell'aggravamento di pena). 1806. — REINDL, *Ueber Schärfung und Milderung der Strafe* (Sull' aggravamento e mitigazione di pena). 1811. — DRAKESTEIN, *De causis poenam mitigantibus.* 1822. — LIPPMANN, *Historisch-dogmatische Darstellung der Lehre von der richterlichen Strafänderungsbefugniss* (Esposizione storico-dogmatica della dottrina sulla facoltà del giudice di mutare la pena). 1863. — MERKEL, *Ueber Strafausmessung und Strafänderung* (Sulla misura e sul mutamento della pena: nella Rivista di diritto penale tedesco di quell'anno, pag. 345, sq.). 1865. — WAHLBERG *Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege* (Sul principio della individualizzazione nella pratica del diritto penale). — MERKEL, *Die Strafanwendung* (L'applicazione della pena) nel *Manuale* di HOLTZENDORFF, II, 547, sq.

WARNBÜHLER, *De concursu delictorum.* 1657. — SCHÖPF, *De concursu delictorum.* 1758. — SAVIGNY, *De concursu delictorum formali.* 1800. — SCHRÖTER, *De concursu delictorum.* 1823. — ZAHLER, *Ueber Verbrechensconcurrenz* (Sul concorso de' reati). 1827. — JOHN, *Zur Lehre von der Verbrechensconcurrenz* (La dottrina del concorso dei reati e del reato continuato). 1860. — BONNEVILLE, *De l'amelioration de la loi criminelle.* 1864. v. 2.° — MITTERMAIER, negli *Scritti germanici*, II, 91.

DE WANDT, *De delictis recidiuis.* 1824. — GILKINIT, *De recidiuis.* 1825. — SCHUYLL VAN DER DOESS, *De pluribus ab eodem commissis de-*

lictis. 1626. — NYPELS, *De delictis recidiuis.* 1828. — VAN DER BULKE, *De relapsu in maleficium.* 1829. — HOOREBEKE, *De la récidive dans ses rapports avec la réforme pénitentiaire.* 1846. — CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva.* 1863. — BRUSA, *Della recidiva*, vol. I. 1866. — ID. *Des récidivistes* (cf. le dissertazioni nell'*Archivio tedesco* citato, specialmente di MITTERMAYER, 45, 115 sq.).

ARGOMENTO.

409. Rapporto di questo argomento cogli antecedenti. — 410. Definizione delle *circostanze.* — 411. Il reato nei suoi *elementi essenziali.* — 412. Il reato ne' suoi *accessorii* e calcolo di questi. — 413. Dagli elementi necessarii derivano le *attinenze* di tutti i codici; dalle circostanze le *differenze.* — 415. *Fatto principale.* — 416. *Quale in più reati?* — 417. Ricerca in questo del titolo o fatto principale. — 418. Della intenzione nel senso oggettivo. — 419. Analisi delle circostanze secondo SATURNINO. — 420. *Causa.* — 421. *Persona* — 422. *Luogo.* — 423. *Tempo.* — 424. *Qualità.* — 425. *Quantità.* — 426. *Evento.* — 427. Calcolo delle circostanze per la specifica graduazione dei reati. — 428. Delle circostanze *mitiganti* ed *aggravanti* e triplice sistema nel calcolo generico di questo. — 429. La *recidiva.* — 430. Essa non deve essere oggetto speciale del codice penale. — 431. Dottrina delle scuole. — 432. Confutazione di CARRARA. — 433. Discrepanze degli autori. — 434. Sul *concetto.* — 435. E *rapporto.* — 436. *Effetti.* — 437. Principali quistioni intorno alla recidiva. — 438. Norme pratiche dedotte dalla dottrina esposta intorno alla recidiva. — 439. La *reiterazione.* — 440. Reati *complessi.* — 441. Reati *successivi.* — 442. E *continui.* — 442. Diritto Romano.

409. Abbiamo fin qui in particolare determinata la speciale *figura giuridica del reato,* studiando analiticamente i due elementi costitutivi, l'elemento *soggettivo* o *morale* e l'elemento *oggettivo* o *materiale;* ora ci si offrono all'esame le *modificazioni* per la *congrua* retribu-

zione della pena; dacchè « *poena secundum facti contingentiam commisuranda.* »

410. Questi *contingenti* si distinguono col nome di *circostanze* = o fatti accessorii, che specificano il fatto principale e stabiliscono le *modalità* per la congrua applicazione della pena. =

Fatti; perchè il legislatore ed il giudice non sono competenti a misurare l'intrinseca pravità in astratto; ed anche quando si accenna alla *intenzione,* non si intende di parlare del *valore intrinseco* di questa, ma del *valore estrinseco* e relativo, secondo *quella presunzione, che deriva dal processo naturale delle cose.* Può darsi che colui, il quale mesce arsenico in una vivanda, abbia solo l'intenzione di turbare la salute del suo nemico; quando però tale atto naturalmente conduca a morte, legislatore e giudici dovranno sulle generali dichiararlo *venefizio* e come tale punirlo.

Accessorii; imperocchè si presuppongono già i fatti costitutivi del *reato principale.* L'*uccisione dell' uomo* è necessaria a costituire l'*omicidio,* la qualità delle persone e dei mezzi *determineranno la specialità dell' omicidio stesso.*

Che determinano la modalità della pena. Questa è la parte caratteristica della nostra definizione.

411. Il reato non può essere punito se non è prima *soggettivamente* consumato; epperciò noi abbiamo già studiati i momenti morali, che stabiliscono il vario grado di imputabilità e la relativa repressione.

Anche quanto all'elemento *oggettivo* o *fisico,* ne abbiamo dimostrato la necessità, perchè esista il reato, e non abbiamo dubitato conchiudere: = che ove manchi pure in parte la azione non può essere oggetto di una legge penale, ma solo di polizia. =

412. Il giudizio quindi primo di un reato deve essere *possibile,* senza tener calcolo degli *accessorii,* per l'esistenza dei *due primi* costitutivi, *a*) dolo e *b*) infrazione dell'ordine giuridico.

Tizio porta via il borsellino dalla tasca altrui. Qui abbiamo il reato di *furto* e la ragione di una pena relativa. Per determinare però il *tanto di questa pena* viene di mezzo la società, la quale, a misura delle sue *condizioni giuridiche,* tien calcolo delle varie circostanze e punisce più o meno, secondo il *tempo,* il *luogo,* il *mezzo* del furto.

413. Ecco la ragione del *principio politico,* ed ecco la naturale *attinenza* e *differenza* dei diversi codici.

Questi se si incontrano nella determinazione generica di reato, differiscono nella *specificazione* e rispettiva determinazione del grado di pena.

415. Da ciò si avvisa: come ampio e molteplice sia il *concetto di circostanze,* distinte relativamente alla pena, a cui mirano in *aggravanti* e *mitiganti*, secondochè aumentano o diminuiscono l'entità del fatto *principale.*

Che cosa sia questo fatto principale, è la prima indagine per ben discernere ciò che è circostanza.

Questo studio è necessario in ordine positivo; e relativamente alla procedura vi attese colla consueta diligenza Pasquale Paoli (V. avanti *Procedura*).

416. Qui semplicemente si avverte: che fatto principale = è quello, che *caratterizza* l'azione criminosa, secondo la *singolare* aggressione di diritto =. Se abbiamo un delitto *complesso,* se più diritti furono offesi, donde deriverà il reato la sua caratteristica?

417. Parrebbe razionalmente che si dovrebbe dedurre dalla *intenzione* propostasi dall'agente, dacchè si deve imputare ciò, che si è liberamente voluto.

418. Questa regola però, che vige nel mondo morale

o nel foro interno, non conviene al Codice penale, il cui oggetto è l'*infrazione dell'ordine giuridico*, ed *oggettiva* per ciò è la retribuzione (V. avanti *Reati in ispecie*).

Tizio, per rubare, appicca incendio; orbene, l'appiccato incendio, non il furto, è il titolo del suo reato.

419. Da SATURNINO (D. 48, 19, 16) deriviamo come la *caratteristica* del fatto principale; così le *fonti* donde derivano le circostanze che accrescano o diminuiscano la pena: *a*) *Caratteristica* sono: « aut *facta*, aut *dicta*, aut *scripta*, aut *consilia* ». *b*) *Le fonti;* « sed hæc quattuor genera consideranda sunt septem modis: *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu.* »

420. *Causa.* Intendesi il *movente* dell'azione, quale appare da esterne circostanze, come sopra si avvisava, trattando del *dolo;* così nelle percosse potrebbero essere movente o *cause efficienti* la provocazione, la vendetta, la sevizie, la correzione, ecc., ecc.

421. *Persona.* In due rapporti, quanto cioè alla *persona dell'offeso,* come *dell'offensore:* l'essere parente, magistrato, domestico, e via.

Si fa quistione se la qualifica di prete sia circostanza da considerarsi in diritto.

La separazione dei due poteri, ha tolta importanza a questa qualifica; ma non la poteva annullare. Come la legge fa carico speciale in alcuni reati di questa qualifica all'agente, specialmente *nell'esercizio delle sue funzioni;* così ci pare che debba considerarla anche in qualche caso come circostanza aggravante, quando è prete il soggetto passivo.

422. *Luogo.* Se *pubblico* o *privato;* ed anche se *sacro* o *profano.* A tale proposito è bene avvertire che il concetto di sacrilegio, come *offesa alla divinità*, non si ammette oggi in diritto penale; ma non si può astrarre dal fatto la maestà del luogo, e la pubblica coscienza oltraggiata.

423. *Tempo.* Guerra o pace, notte o giorno, durante incendio od inondazione, ecc., ecc.

424. *Qualità.* A mo' d'esempio, la sottrazione di proprietà, fatta furtivamente o con violenza e rapina.

425. *Quantità.* La misura del danno materiale.

426. *Evento:* o gli incidenti relativi al successo.

427. Quale calcolo devesi tenere di queste circostanze?

Anzitutto il legislatore le deve considerare per la retta graduazione *specifica dei reati,* avvertendo all'ordine *progressivo* nella suddistinzione di queste.

Poniamo fra i reati contro le persone, si pongono in prima lista le *lesioni corporali;* queste in relazione alla quantità si distinguono in *omicidio, ferimento, percosse;* l'omicidio relativamente all'istrumento o alla qualità si suddistingue in *assassinio* e *veneficio* e relativamente alla persona in *infanticidio* e *parricidio.*

Abbiamo citato un esempio tolto dalla nostra legislazione per dimostrare il calcolo, che debba fare il legislatore delle circostanze, per la retta *specificazione del reato.* Si badi però che non è sufficiente il *nomen iuris* per individualizzare il reato stesso, uopo è ancora, che sotto quella particolare specificazione siano *annoverate altre circostanze,* che ammettano una gradazione all'infinito, per la congrua applicazione della pena. Così, a mo' d'esempio, l'assassinio assumerà diverse figure giuridiche, secondo la *proditione, premeditazione* e la *sevizie* (V. *Classificazione dei reati*).

428. Per quanto però sia diligente il legislatore nel prestabilire queste varie modificazioni, egli non potrà mai prevenire pienamente tutti i casi, quali rispondono alla realtà delle cose.

Da ciò sorge il bisogno di lasciare al giudice la facoltà

in genere del calcolo di queste circostanze, specialmente delle *attenuanti* o *mitiganti*.

Tre sistemi si propongono a ciò: 1.° la *tassativa* enumerazione delle circostanze stesse; 2.° la *facoltà generica* di tener calcolo delle circostanze attenuanti, lasciando alla coscienza del giudice l'apprezzamento di queste; 3.° la massima latitudine della pena, in modo che si possa tener calcolo delle circostanze stesse, *senza una speciale autorizzazione a ciò*.

Noi conveniamo col terzo sistema, importando soprattutto: che le pene siano determinate col sistema il più semplice e con largo confine fra il massimo e il minimo, ritenendo oggi grave pregiudizio applicare la nota sentenza di BACONE colle guarentigie introdotte nel giudizio e colle nuove difficoltà riconosciute per l'equo apprezzamento della criminosità; noi pensiamo = ottimo il Codice penale che concede al giudice la massima latitudine di pene =. (V. avanti *della pena*).

429. RECIDIVA. — Le circostanze nel proprio significato sono fatti accessorii, che concorrono ad un fatto principale; orbene, si domanda se nella recidiva i fatti antecedenti, già giudicati e condannati, si debbano considerare come circostanze relative al nuovo fatto, e quindi come *titolo per l'aggravamento di pena?*

430. Davvero io non trovo altro rapporto che *ideologico;* nella realtà il primo fatto punito non è più ed il secondo non può farlo rivivere come circostanza aggravante.

= Non trovo dunque ragione, perchè un codice abbia a tenere speciale calcolo della recidiva. =

Badate, il rapporto ideologico potrebbe condurre anche ad una conseguenza contraria. Si dice = la ripetizione dello stesso crimine, presuppone maggiore malvagità, dun-

que maggiore repressione. = Si potrebbe però anche dire, e più rettamente: = la ripetizione di quel crimine mostra più facile tendenza (non cerchiamo ora per quale causa) e quindi minore libertà ed imputabilità. =

Non terremo dunque calcolo della recidiva?

La conclusione soverchia la premessa. Noi diciamo: *non può farsi rivivere* l'antico reato già espiato, e quindi *non deve* il legislatore prestabilire in un codice penale la recidiva quale aggravamento *certo* del reato, mancando il giusto titolo; malgrado ciò, riteniamo questa siccome circostanza *estrinseca*, che *può* essere variamente apprezzata secondo la sua origine e natura. Così se taluno è recidivo nel furto per cleptomania, nella sede della imputabilità si terrà calcolo della sua *tendenza morbosa;* se tal altro è recidivo per l'atmosfera pestilenziale respirata nella prigione, si dovrà studiare un provvedimento nella scienza carceraria; se, finalmente l'indigenza, mancanza di lavoro, l'arte stessa ed i mestieri riproducono certi reati, vi provvederanno la polizia, l'economia politica e sovra tutto la carità cittadina.

Perciò noi giudichiamo = che la recidiva non debba direttamente convenire al diritto penale, ma sia argomento di studii morali e politici, non essendo essa circostanza aggravante aderente naturalmente al fatto principale. =

421. Uno sguardo agli sforzi fatti dai criminalisti per sostenere il contrario, illustra la nostra asserzione; ed indirettamente giova a farci conoscere appieno la dottrina intorno a questo grave argomento.

Il CARRARA, che è il primo per autorità, e che viene ultimo nella successione del pensiero, ci risparmia in proposito la confutazione dei vari sistemi anteriori giustificanti la recidiva; poichè parmi, che ad evidenza abbia egli dimostrata la insufficienza di questi sistemi.

432. Per tale ragione, avendo l'animo preoccupato dalla necessità di questo istituto, noi *via remotionis,* come ultimo rifugio, aderivamo altre volte al concetto di CARRARA = insufficienza relativa della pena. =

Al dilemma di CARMIGNANI: « o la pena è *insufficiente,* e dovete aumentarla per tutti; o è *sufficiente* e non dovete aumentarla pel recidivo »,

CARRARA opponeva: « la pena è sufficiente per la generalità, insufficiente per l'individuo, bisogna infliggere una pena più forte a quella guisa che il medico prescrive un farmaco più efficace. »

Ma qui l'argomento si fonda su una mera ipotesi: si presume cioè che la recidiva proceda dalla inefficacia della pena, lo che resta appunto a provarsi.

Di più, per essere logico avanti al fatto della insufficienza, il potere del giudice non potrebbe patir confine nell'applicazione della pena.

Nè salva da intemperanza il dire, che l'insufficienza relativa della pena « è una formola tutta politica »; perchè, sono queste *restrizioni pericolose in diritto penale,* se pure non vogliono rappresentare il concetto, che la recidiva conviene più che altro alla ragione politica, o giustizia preventiva. Ciò ha un lato di vero: il CARRARA però, rasenta, ma non osa esporre questa dottrina.

Del resto il delinquente, sotto l'impulso del delitto, spera di restare impunito', e non calcola il più o il meno della pena avvenire: ma dato pure, che la pena risultasse insufficiente per il delinquente, fu *sufficiente per tutti gli altri,* lo che appunto costituisce lo scopo della pena stessa: *reintegrazione dell'ordine giuridico.*

433. La mancanza di un fondamento razionale nella recidiva, *quale speciale istituto del Cod. Penale,* dimostrata dalla incertezza dei sistemi, che si affaticano a giustifi-

carla, acquista luce e conferma dal vario *concetto* che della recidiva stessa hanno gli scrittori e la legge e dai diversi *effetti* rispetto alla pena.

Diamo brevemente sviluppo a queste idee, le quali indirettamente ci spiegano la recidiva, come fu intesa fino ai nostri giorni.

434. *a)* Concetto della recidiva. La recidiva si distingue dalla *reiterazione,* per ciò che questa presuppone un *cumulo di reati,* senza *l'intervento del giudice;* mentre che nella recidiva si suppone almeno un *precedente giudizio.*

Vi ha però differenza in ciò, che tal codice (come il *francese* e il *sardo*) la ritiene quale *effetto della sentenza per sè irretrattabile* e non ha riguardo all'espiazione della pena; mentre tal altro (il *cod. toscano* e *ticinese*) esigono la *completa espiazione.*

Se nel primo caso, secondo Carrara, manca il costitutivo della recidiva, nel secondo caso non potrebbe questa essere riconosciuta, ove sia intervenuta la *grazia;* e quindi indirettamente l'ingratitudine sarebbe argomento per alleviare la punizione.

435. *Differenza* più grave sorge intorno al rapporto tra i reati puniti ed il nuovo reato. Vi ha chi ammette una *necessaria analogia* o parentela fra i diversi fatti delittuosi, in modo da ritenersi effetto di un' unica prava inclinazione (*recidiva propria*); vi ha invece chi non riconosce la necessità di un rapporto psichico, e quindi il *ripetersi di qualunque azione criminosa,* dopo la condanna sarebbe recidivanza (*recidiva impropria*); giacchè « colui, che dopo essere stato punito per un furto, commette uno stupro e poscia un omicidio, si mostra proclive ad ogni specie di scelleraggine. » (Trébutien).

Alla recidiva *impropria* aderisce Carrara, il quale dice: « l'unica idea, che sostenga l'opinione di coloro, i quali

propugnano la recidiva propria si è quella della emenda del reo. » E sia!

436. *b*) Effetti. Sono questi relativi alla pena. Vi ha chi, considerando le varie recidivanze, ammette il passaggio anche ad una specie diversa di pene; altri invece, avvertendo: che il rinnovarsi dei delitti non muta la loro natura e specie, esigono che l'aumento sia *entro i confini della specie stessa.* Alcuni poi vorrebbero applicate soltanto *pene accessorie* ed altri il risultato del calcolo di una *circostanza aggravante.*

437. Esposta la nuova dottrina della recidiva, in attesa delle riforme avvenire, dobbiamo brevemente risolvere alcune quistioni, secondo l'attuale legislazione.

1.° Il moltiplicarsi delle recidive obbliga a relativo aumento di pena?

No, giacchè la *progressività* condurrebbe all'assurdo.

2.° Può il giudice nell'apprezzare la circostanza della recidiva, esaminare la prima sentenza?

No, perchè *res iudicata pro veritate habetur.*

3.° Costituisce recidivanza la pena scontata all'estero? Lo dovrebbe, per la solidarietà degli stati nell'effettuazione della giustizia penale.

4.° Nei *delitti di impeto,* può giudicarsi come aggravante la recidiva?

Dubiterei, perchè se suolsi trovare l'aggravante nel calcolo o nella riflessione dell'agente relativa anche alla insufficienza, questi non appare nei reati di impeto.

5.° Deve ammettersi recidivanza dove è soltanto *colpa?* Razionalmente parlando, dove è soltanto *colpa,* abbiamo contravvenzione e non delitto, e nella contravvenzione non si esclude il calcolo della ricaduta, quando la negligenza appaja *vincibile* od *abituale;* ma ciò riguarda il Cod. di Polizia punitiva; non il penale.

6.° Le condanne dei tribunali militari, valgano a stabilire la recidivanza?

Sì, quando si tratti di *delitto comune.*

7.° *Quid* dei graziati?

Crediamo che si debba tener calcolo del delitto commesso; dacchè è il *fatto giuridico* del reato la ragione della recidiva. — Siccome poi questo fatto giuridico non sussiste che colla *sentenza irrevocabile,* così non possiamo ammettere recidivanza, dove invece *l'amnistia impedisca il processo.*

438. Concludiamo:

Per noi la ricaduta in un reato dell'istessa specie, in cui sta il concetto della recidiva, è un fatto che va studiato nelle sue *cause dirette,* e quindi appartiene alla scienza di buon governo, alla scienza carceraria, a provvedimenti di polizia e di pubblica amministrazione.

Potrebbe però la recidiva derivare da cause estranee all'atmosfera sociale, ed in tal caso il compito di questa sarà pure del penalista.

Data questa ipotesi, non è a dirsi che la recidiva debba costituire un istituto speciale nel codice penale. Essa è solo una circostanza *estrinseca* propriamente al reato commesso; che, se il più delle volte è aggravante, potrebbe anche essere circostanza mitigante.

Non dunque il codice penale in modo esplicito e assoluto ne farà menzione, ma il giudice ne dovrà tener calcolo, come di tutte le altre infinite circostanze, che meglio determinano la condizione morale del delinquente. = È dunque la recidiva lasciata alla coscienza del giudice. =

439. La circostanza di *più reati contemporaneamente imputabili* produce la *reiterazione,* la quale, se nulla dovrebbe influire *teoricamente* sulla pena, perchè ad ogni atto deve rispondere la rispettiva sanzione, praticamente

però in forza dell'impossibilità di applicare contemporaneamente molte pene diverse, produce la teorica dell'*assorbimento;* a vantaggio ordinariamente del reo, in confronto alla somma complessiva delle pene comminate ai singoli atti delittuosi.

440. La pluralità degli atti è pure *circostanza grave*, che influisce sulla considerazione del reato, quando questi atti sieno collegati in gruppo per l'identico fine criminoso (V. retro n. 416).

In questi reati *complessi* la risultante della pena è minorata; perchè i varii momenti morali idealmente distinti, praticamente si considerano compenetrati in un solo scopo.

441. *Altra circostanza* che influisce molto sull'apprezzamento del reato si è la *successione* o la *continuazione* degli atti criminosi: reati *successivi e continuati.*

Reati *successivi* dipendono da un'*unica deliberazione* criminosa, in forza della quale l'agente si è messo in tale condizione antigiuridica, da violare ad ogni istante la legge penale, come nel reato di *bigamia*, di *cospirazione*, di *ricettazione* dolosa od occultamento.

Non è dubbio che si possono distinguere i varii atti criminosi: i singoli commerci del bigamo, i varii concerti del cospiratore, le insidiose arti del favoreggiatore; ma tutti questi atti sono successivi al primo, che costituisce il *titolo del reato*, l'*unione illegittima*, di chi o con chi è legato in matrimonio (bigamia), il *concerto accettato* contro la sicurezza dello Stato (cospirazione), e la *ricettazione dolosa* (favoreggiamento).

442. Il *reato continuato* l'abbiamo all'effettuarsi di queste *circostanze;* che non solo vi siano più violazioni distinte di una stessa legge, ma ancora distinte *determinazioni criminose*, le quali però si collegano e si unificano per una medesima intenzione, manifestata questa

anche dal breve intervallo nell'esecuzione degli atti criminosi.

Un servo, che a più riprese ruba allo scrigno del suo padrone commette più *reati perfetti;* ma siccome uno è il diritto violato, una è la legge, ed una l'intenzione, così gli atti in breve spazio compiuti si considerano in corpo, desumendo il titolo dalla somma risultante dai singoli furti.

In tutti questi casi, la *circostanza* dell'unica determinazione (*reati successivi*), o di più determinazioni distinte assunte in uno (*reato continuo*), sono per là ragione suesposta un'attenuante di pena di fronte ai singoli atti perfetti.

445. *Diritto romano.* Già sopra (n. 419 sq.) si è avvertito come il diritto romano avesse benissimo intuita la dottrina delle circostanze aggravanti e attenuanti e come di solito venisse lasciato al criterio del giudice il tenerne il calcolo conveniente. Diciamo *di solito,* perchè talune volte la legge applicava uno *speciale* aggravamento di pena, per una *speciale* circostanza aggravante. È molto saggia la massima di PAOLO che tutte le cause penali: « ex personarum condicione et rerum qualitate sunt æstimandæ, ne quid aut durius aut remissius constituatur quam causa postulabit » (D. 47, 9 4, 1). Ma questa sapiente giurisprudenza sorse solo a' tempi dell'impero col prevalere della giurisdizione straordinaria: noi sappiamo infatti che nelle *quæstiones publicæ* era tolta al giudice ogni latitudine.

Norme generali sulla *recidiva* non stabilirono i romani: lasciarono al criterio del giudice il provvedervi, secondo anche le esigenze politiche. Per es. i perturbatori dell'ordine pubblico (*iuvenes:* noi si direbbe *dimostranti*) « fustibus cæsi dimittuntur aut etiam spectaculis eis interdicitur: quod si *ita correcti in eisdem deprehendantur*, *exilio puniendi sunt,* NONNUNQUAM CAPITE PLECTENDI, scilicet cum *sæpius* seditiose et turbulenter se gesserint et

aliquotiens adprehensi tractati clementius *in eadem temeritate propositi perseuerauerint* » (D. 48, 19, 28, 3, cf. anche § 10 eiusd. e 49, 16, 3, 9, Cod. 6, 1, 4, 1 — 9, 12, 8, 2 — 10, 20, unic. 1).

Per la teoria del concorso di più reati nel diritto romano, occorre distinguere il concorso *formale* e *materiale*. Poteva cioè facilmente accadere, per la indeterminatezza della figura de' reati nel diritto romano, che uno stesso atto criminoso si presentasse sotto diversi aspetti; uno stesso delitto poteva benissimo apparire contemporaneamente *falso, stellionato, furto: corruzione di servo* e *reato ex lege Aquilia; falso* e *reato di maestà: crimen uis* e *maiestatis*, etc.

In questi casi di concorso meramente formale « *senatus censuit ne quis* OB IDEM CRIMEN PLURIBUS LEGIBUS *reus fieret* » (D. 48, 1, 14). Invece ne' casi di concorso materiale valeva la regola d'ULPIANO (D. 47, 1, 2 pr.) « *nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim* DELICTUM OB ALIUD DELICTUM MINUIT PŒNAM. » Così per servirmi degli esempii di ULPIANO se uno rapisce un servo e poi l'uccide sarà reo di furto ed *ex lege Aquilia* (D. 48, 2, 7, 5 e 47, 1, 2, 1 sq.). Naturalmente poteva avvenire che l'una pena per necessità escludesse l'altra, come nota ULPIANO (ibid. § 3): si soleva però aggravare la prima (cfr. Cod. 9, 12, 61). Inesatta è la recentissima esposizione di DUQUESNE (*Lois forestières chez les Romains, dernière partie*).

Si suole in generale parlare di tre sistemi seguiti dai giuristi romani in proposito: uno antico (cfr. D. 44, 7, 53), uno medio (cfr. D. fr. 34 ibid.), uno recentissimo (fr. 32, 60 ibid.; cfr. SAVIGNY, *System*, 2, 238 sq.). Ma già il REIN (op. cit., p. 249 sq.) ha dimostrato benissimo: che non si tratta di diversi sistemi, ma di casi diversi che i giuristi romani hanno avanti gli occhi.

CAPITOLO DECIMO.

PERSONE CONCORRENTI IN UN REATO.

BIBLIOGRAFIA.

FALCKNER, *De iure complicum in delictis.* 1658. — SCHWEDENDÖRFER, *De partecipatione delictorum.* 1676. — STRYCK, *De imputatione facti alieni circa delicta.* 1688..— COCCEIUS, *De socio criminis.* 1701. — LUDOUICI, *De duobus circa idem factum concurrentibus.* 1714. — LEYSER, *De societate inhonesta* (Spec. 167 Med. in Pand.). 1717. — NEHRMANN, *De sociis criminum.* 1747. — EISENHART, *De vera criminis socii notione.* 1750. — SCHLEUSER, *De imputatione delicti alieni.* 1750. — SURLAND, *De societate criminis eiusque pœna.* 1755. — WESTPHAL, *De consortibus et adiutoribus criminum.* 1760. — SCHNEIDT, *De concursu ad delicta aliena.* 1774. — GRAAFLAND, *Specimen iuris exhibens quæstiones de sociis criminum.* 1785. — SCHNELL, *De pœnis regulariter miti oribus in sociis criminum quam in eorum auctoribus iure romano sancitis.* 1805.— HOPP, *De concursu ad delictum secundum ius hodiernum.* 1820. — WOLTHERS, *De auctoribus sociis et fautoribus delictorum.* 1823. — GEVERS, *De sociis delinquentium.* 1824. — DE SMET, *De sociis in crimine.* 1827. — STÜBEL, *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen* (Sulla partecipazione di più persone a un reato). 1828. — KITKA, *Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen* (Sul concorso di più rei in un delitto). 1840. — MÜLLER, *De auctorum et ministrorum criminum differentia.* 1842. — ZIEGLER, *Die Theilnahme an einem Verbrechen* (La partecipazione a un reato). 1845. — BERNER, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen* (La dottrina della partecipazione al reato). 1847. — V. BAR, *Zur Lehre vom Versuch und Theilnahme am Verbrechen* (Sulla teoria del tentativo e della partecipazione al reato). 1859. — NICOLINI, *Della complicità,* 4.ª ed. 1850. — BUSTELLI, *Della solidarietà in materia penale.* 1844. — V. BURI, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung* (Sulla dottrina della partecipazione al reato e del

favoreggiamento). 1860. — SCHÜLZE, *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen* (La partecipazione necessaria al reato). 1869. — LANGENBECK, *Die Lehre von der Th. am V.* (La teorica della partecipazione al reato). 1868. — CARRARA, *Studii sul conato e sulla complicità*, ultima ediz. 1870.

CASSE, *De auctoribus delictorum psychologicis*. 1835. — DE HAYNAU, *De auctore delicti quem uocant intellectualem*. 1857.

SCHRÖTER, *Quomodo nuda scientia criminis quem inuoluat*. 1687. — REINHARDT, *De pœna delictis conniuentium uel eorundem scientiam habentium*. 1734. — BÖHMER, *De obligatione ad reuelandum occulta*. 1734. — CRELL, *De pœna silentii et conscientia delicti alieni*. 1742. — HENNE, *De crimine silentii*. 1761.

PUTMANN, *De receptatoribus*. 1788. — ZIEGLER, *De ratihabitione*. 1760. — MOMAERTS, *De fautoribus criminum*. 1827. — ULENS, *De criminum fautoribus*. 1827. — SANDER, *Begünstigung* (Favoreggiamento) Archiv. cit., an. 1838-39. — CARRARA, *Della ricettazione*. 1862.

STRYCK, *De mandatu delinquendi*. 1690. — LYNEKER, *De mandatu rei turpis*. 1699.

LAUTERBAUCK, *De consilio eiusque iure*. 1654. — STRYCK, *De iure persuasionis*. 1678. — ID., *De iure blanditiarum*. 1673. — DRELL, *De pœna instigationis*. 1754. — REICHARDT, *De consilio in criminalibus*. 1732. — HASTE, *De consilio in criminibus*. 1732.

ARGOMENTO.

444. Soggetto *agente* e *passivo* del reato. — 445. *Autore*. — 446. *Complici*. — 447. Condizione dei complici di fronte all'autore. — 448. Requisiti necessarii, per costituire la complicità. — 449. Elemento morale. — 450. Elemento materiale: del *mandato* delitto *sui generis*. — 451. *Se il mandato non avesse esecuzione, per pentimento del mandatario?* — 452. Reato di *favoreggiamento*. — 453. La dottrina esposta è una logica conseguenza della nostra teoria. — 454. Associazione di malfattori. — 455. Ricerca dell'elemento materiale in questi reati. — 456. Della *complicità negativa*. — 457. Oggetto di questa nelle leggi di polizia. — 458. *La mera presenza può costituire complicità?* — 459. Risposta affermativa. — 460. Distinzione di *coautori* e di *complici*, *favoreggiatori* e conse-

444. Il reato come *ente giuridico* deve partire da una persona e ad una persona riferirsi; donde la prima distinzione, di soggetto *agente* e *passivo del reato.*

445. § 1. Agente. — Il reato può essere opera di un solo individuo ed in tal caso l'agente è solo *autore* perchè egli solo = compie tutti gli atti fino alla consumazione =; può essere l'opera di più individui e allora colla partecipazione sorge la necessità di distinguere l'*autore* dal *complice.*

Autore è = colui che eseguisce l'atto *consumativo* dell'infrazione giuridica; che, se più concorsero (avanti si specificherà il come: N. 460) a questi atti consumativi, abbiamo più autori o *coautori* e *correi* =.

446. Gli altri invece che non partecipano all'atto consumativo, ma *prestano solo soccorso* (ausiliari) sono *complici.*

447. E siccome l'*accessorio segue il principale;* così questi complici, i quali in realtà sono delinquenti accessorii, seguono con equa misura di pena, secondo la partecipazione, la sorte del delinquente principale (V. *avanti* N. 460).

448. Si badi però che la complicità, per essere punita come reato, deve aver sempre i *due* costitutivi del reato stesso; quindi il *dolo* o la *conscientia sceleris* e il *fatto fisico* esterno della infrazione.

Se non vi hanno questi due elementi, non si può applicarvi il concetto della complicità.

449. Quanto all'*elemento morale,* se taluno, ignorando il delittuoso proposito altrui, apre una porta e facilita il furto, non è a dirsi mai complice di quell'azione, cui egli non prevedeva e non voleva.

450. Quanto all'*elemento materiale,* se taluno va ideando un assassinio e ne dà ad altri il comando o il mandato di eseguirlo, e se questi non l'esegue per forza altrui, che ne impedisca la consumazione, non si può dir *complice* o *coautore il mandante di omicidio mancato* (questo concetto logicamente deriva dalle idee sopra esposte al Capitolo VIII, per cui non sussisterebbe *reato mancato*); sibbene colpevole di un *delitto sui generis,* cioè di *mandato o comando delittuoso,* quale si manifesta con *parole* o *scritti.*

451. Se il mandato non avesse esecuzione per pentimento del mandatario?

Questo fatto non influirebbe sulla natura del reato, e quindi nel mandato di assassinio non potrebbe aversi *tentativo di omicidio. L'evento mancato* in tutto o in parte, si riferisce al reato di omicidio non al reato di mandato; e sarà questa una circostanza, di cui potrà tener calcolo il giudice per il sottile giudizio del mandato; ma non potrà mai mutare la natura il mandato delittuoso, che è *consumato coll'incarico dato,* senza riguardo all'effetto, che si riferisce, a reato di specie diversa (*omicidio*).

452. Così chi favorisce il ladro, occultando l'oggetto del furto, non sarà mai complice di furto, essendo questo *perfetto,* prima del suo intervento; ma sarà egli reo di un reato specifico detto *favoreggiamento.*

453. Queste idee, che sgorgano spontanee dalla nostra teoria, non ponno facilmente conciliarsi con altri concetti difettosi nel *diritto* penale, la *lesione del diritto privato,* il *danno,* il *pericolo,* e via.

Dalla incertezza di dottrine sorse anche l'eresia di una

correità, senza concorso di *volontà;* oppure senza concorso di *azione.*

454. L'*espressione* (quale abbiamo nel *mandato*, nel *comando*, nel *consiglio*), che stabilisce il *corpo* del reato, o l'elemento *fisico*, è pur necessario nella *societas sceleris.*

455. Non basta per l'associazione di malfattori che vi sia la *presunzione*, poniamo un assembramento di *sorvegliati:* che la volontà sia volta al delitto; ciò manifesta solo un *pericolo* e quindi appartiene alla polizia il provvedervi. Per il codice penale si esige che la volontà sia estrinsecata in fatti od in parole; vuolsi che sia intervenuto un *patto* tra più persone per fine criminoso; come per il *mandato*, la *coazione* e il *consiglio efficace* vuolsi l'*incarico*, la *minaccia*, l'*istruzione.*

E poichè parliamo di *società criminosa*, avvertiamo: che non deve questa confondersi coi *reati di una università* o di una *persona morale* di cui si è parlato sopra (V. retro Cap. V).

456. Che dirsi della *complicità negativa*, la quale consiste nel silenzio o nella inazione?

Noi non la possiamo ammettere in modo *assoluto* nel Codice penale, se non nel caso, in cui la rivelazione o denuncia sia *doverosa* per ragion d'ufficio (medici, levatrici, agenti di P. S.).

457. Siccome però pensiamo, che la *solidarietà della difesa*, sia un sacro dovere in uno stato retto a giustizia; così crediamo: che possa, anzi debba la società imporre una *sanzione politica* o *punizione disciplinare* a questo dovere nelle leggi di polizia preventiva.

458. La complicità negativa che consiste nella *mera presenza* può esser punita?

459. Non dubitiamo di rispondere *affermativamente* = quando tale *presenza*, benchè materialmente inattiva,

assuma il carattere di soccorso, riunendo le due condizioni di essere stata *efficace*, e di essere stata *intesa* a *facilitare* la esecuzione. Allora anche la *presenza* inattiva è un momento materiale, che si congiunge alla *forza fisica* del delitto: come avviene quando la presenza inoperosa ha volontariamente servito ad *incoraggiare* lo agente, o ad *intimidire* la vittima.

460. Dalla nozione data dell'*autore* del reato, risulta evidente il concetto di *coautori* e di *complici*.

Sono coautori = tutti quelli, che hanno *necessariamente* cooperato alla *immediata* esecuzione dell'atto *consumativo*. =

In che consiste il reato secondo i Codici?

In una *violazione della legge penale*, o per dir meglio, secondo Binding, in una *violazione di un precetto* sancito dalla legge penale; ma questa violazione può procedere da un solo, e può essere anche il resultato della cooperazione di molti.

In tal caso bisogna distinguere fra gli atti di esecuzione quelli *necessarii* e *concomitanti* alla consumazione, in confronto di altri *concomitanti* pure, ma *non necessarii*.

Taluno *concorre* coll'opera o col consiglio alla effettuazione dell'assassinio; tal altro presta le armi prima, o sorveglia per facilitare il delitto. — I primi atti nel loro complesso rappresentano la consumazione stessa e perciò gli esecutori di questi sono tutti indistintamente *coautori;* i secondi atti rappresentano l'*avviamento* o il *soccorso* alla infrazione del diritto, e negli esecutori di questi abbiamo i *complici*.

E notisi che questo principio deve essere tassativamente determinato dal codice; perchè serva di sicuro indirizzo al giudice nella pena relativa alla correità e complicità.

Un istesso fatto può stabilire *diversa responsabilità* nei partecipanti secondo la norma segnata.

Nel furto la consumazione consiste nell'*ablatio rei alienæ;* or bene, quello, che sferra lo scrigno, può fare un atto *relativamente* indifferente, se opera per mera curiosità; che se predispone la rottura, per introdurvi la mano di un altro è *complice;* che se *dispone* la rottura, e contemporaneamente colla rottura è *effettuata* l'ablazione è *coautore.* — Taluno tien ferma la vittima, la quale *poi* cade sotto le insidie del ferro omicida; tal altro tien ferma la vittima, *mentre* è vibrato il colpo: nel primo caso abbiamo *complicità,* nel secondo caso *correità.*

Questa norma razionale da noi rassodata, toglie l'*assurdo* che abbiamo nel nostro codice, ed anche nei progetti, di stabilire la distinzione fra autori e complici, per la relativa distinzione della pena; e poi dichiarare: che alcuni *complici sono puniti colla pena degli autori.*

Secondo la definizione da noi data di *coautori,* entrerebbero necessariamente in questa classe (quando non costituisca reato distinto come sarebbe nel caso di mancante *contemporaneità*): 1.° coloro, che per mezzo di mandato, di ricompense, di promesse, di minaccie, di abuso di autorità, di potere, o di artifizii colpevoli, determinano altri a commetterlo; 2.° coloro, che istigati danno istruzione, direzione a commettere il reato; 3.° quelli in generale, senza il cui intervento non sarebbe possibile la consumazione del reato.

Sono *complici* (di che la definizione è data retro n. 446): 1.° quelli, che hanno procurate le armi, gl'istrumenti, o qualunque altro mezzo, per facilitare la consumazione del reato; 2.° quelli, che hanno prestato assistenza nei fatti, che prepararono a consumare il reato.

Quanto alla *pena* poi, ai coautori è dovuta la pena *or-*

dinaria, o quella dalla legge stabilita per l'autore; ai complici la *stessa pena* colla diminuzione di uno a tre gradi, secondo la misura o l'importanza della partecipazione.

Quanto poi alle *circostanze*, o *qualità personali*, per cui si toglie, si diminuisce o si aggrava la pena di taluno degli autori o complici del reato, queste, appunto perchè personali, non si estendono agli altri autori o complici del reato medesimo.

Che se la circostanza personale, il rapporto per esempio tra domestico e padrone, avesse servito a facilitare il reato, questa circostanza dovrebbe considerarsi a carico dei partecipanti, in quanto ne avevano cognizione e ne approfittarono.

461. Relativamente appunto alle circostanze, sorge fra i criminalisti una grave quistione, la quale si agitò pure nella Camera dei deputati nella discussione del primo libro del Cod. Penale (*tornata 2 Dicembre 1877*).

Se le circostanze materiali costituiscono un reato diverso maggiore, nuociono queste anche ai cooperatori, il cui *intento* era *diverso*?

Poniamo, si tratta di una grassazione: lo scopo dei delinquenti era solo di derubare il viandante; ma questi, avendo opposta resistenza, rimase ucciso nella mischia. Debbono tutti rispondere di omicidio, o solo quelli, che hanno inferto il colpo?

Quando le circostanze materiali potevano essere *prevedute*, come è nel caso in ispecie, io non dubito rispondere *affermativamente*.

Si oppone: che il non prevedere ciò, che era prevedibile, è *colpa*, non è *dolo*.

Qui c'è un grave equivoco; perchè si rende affatto *soggettivo* il concetto di reato.

Il reato è quale lo *rappresentano i fatti consumativi;*

se si è trasformato da minore in maggiore, da *rapina* in *assassinio*, e la trasformazione era *conseguente e naturale*, la *coscienza* dell'ultimo effetto doveva essere in tutti.

Guai a noi se avessimo per i singoli reati da attendere la *intenzione reale* dell'agente!

Dal fatto stesso si presume la *voluntas sceleris;* ora la volontà è implicita quando, come nel caso accennato, l'effetto ultimo (l'omicidio), non era solo prevedibile, ma *indispensabile* per spogliare il viandante. — Si è volutó il fine, si sono voluti implicitamente i mezzi.

Non è tanto questione di prevedibilità quanto dalla *naturale attitudine* degli atti a produrre un determinato effetto, della quale soltanto deve tener calcolo il legislatore.

Fra i condelinquenti sopra accennati, può darsi benissimo, come dice MANCINI (*Atti della Camera, loc. cit.,* pag. 61) « che taluno si sarebbe ritirato, quando avesse preveduto che si attentava alla vita e non alla proprietà ».

Verissimo, epperchè non si è ritirato?

Io debbo supporre (se non è un imbecille): che l'individuo, non ostante la ripugnanza, avesse affrontato l'evento di commettere un omicidio. Per potere quindi tener buona a lui la singolare disposizione di animo, bisogna avere una prova contraria al fatto; cioè = che nel momento della consumazione dell'assassinio, questo coautore, avesse fatto quanto era a lui possibile per impedire l'assassinio stesso = in tal caso soltanto non gli sarà imputabile l'omicidio.

In caso diverso vi ha correità nel titolo maggiore.

La partecipazione dopo il fatto consumato per favorire il reo ed eludere la giustizia, costituisce il *reato di favoreggiamento,* di cui è data esatta definizione nel codice Toscano, art. 60, § 1.°: « Chiunque, dopo il fatto, senza

concerto anteriore al medesimo, e senza contribuire a portarlo a conseguenze ulteriori, scientemente ajuta il delinquente ad assicurare il criminoso profitto, o ad eludere le investigazioni della giustizia; ognora che non cada sotto una più speciale disposizione della legge, commette il delitto di favoreggiamento ».

462. § 2. Soggetto passivo. — « Un'azione è delitto, non perchè offende l'uomo o la cosa, ma perchè viola la *legge* » (Carrara, *Programma,* 1.ª ediz., pag. 36).

La legge a sua volta è l'espressione dell'ordine giuridico, che costituisce il *modo necessario di essere* della società civile.

Perciò, *soggetto passivo* del reato è e deve essere necessariamente la *società* turbata nella sua esistenza, la quale quindi procede *esclusivamente* al processo ed alla condanna del reo.

Il *danno* del reato immediatamente si riversa sulla società, ed è relativo al conturbamento avvenuto alla *pacifica consociazione* dalla infrazione dell'ordine o dalla offesa ad un *istituto;* quale si manifesta contro lo Stato stesso nel suo organismo *politico, amministrativo, giudiziario,* nella *famiglia,* nella *persona,* nella *vita,* nell'*onore* e nella *proprietà.*

È un errore considerare come *oggetto passivo* del reato l'*altrui cosa* o *persona.*

Come spiegare in tal caso la fabbricazione di false monete o l'incendio della propria casa?... come trovare la persona *passiva,* quando l'azione cada su un condelinquente, come nell'adulterio, o sopra un cadavere incapace di sentire o sopra esseri non intelligenti, come il feto nell'alvo materno, il pazzo, il dormiente?... Come ammettere la complicità nel suicidio?... E lo stesso duello?...

Non regge dunque l'espressione da noi pure altra volta

usata: « è soggetto passivo del reato una persona capace di diritto. »

463. Soggetto *passivo* è solo la società; le persone sono soltanto *indirettamente* offese; e per riparare il loro danno si dà un'azione distinta, la *civile:* può parere *opportuno* il loro concorso nell'azione penale; ma non sarà razionalmente necessario (V. avanti dell'*azione*).

E poichè parliamo di persone *indirettamente* passive di reato, è bene avvertire a tre pratiche conseguenze.

464. 1.° Che tutti gli altri enti, proprietà, animali, ecc., non sono strumenti passivi di reato, se non in quanto *aderiscono ad una personalità* (la sola tutelata dallo stato). E se si puniscono le sevizie contro gli animali, ciò avviene, non per difendere il diritto degli animali stessi; ma per un'alta ragione morale, che a suo luogo esporremo.

465. 2.° Parlando qui di persone, non intendiamo soltanto l'*individuo,* come è dell'agente del reato, ma ancora le *persone morali,* includendo in queste nel largo significato anche gli *Stati stranieri.*

466. 3.° L'offesa alle persone non si riferisce solo all'*integrità della vita,* ed alla *proprietà,* ma al diverso ordine, di cui consta l'essere umano: *morale, intellettuale* e *fisico.*

467. Il difetto dell'attuale legislazione è nel riconoscere quasi esclusivamente l'offesa al benessere fisico.

Si guarantisce con specialissime disposizioni e con severe sanzioni il diritto alla proprietà; ma l'inviolabilità del patrimonio morale non è convenientemente assicurata dalla legge.

468. *Diritto romano.* — Nel *diritto romano* non abbiamo una disposizione generale sul concetto e i modi del concorso all'altrui delitto. Certamente però i Romani

conobbero la punibilità di una partecipazione dolosa al reato altrui: donde le formole consuete « cuius ope consilioue... » « cuius dolo malo id factum erit » « qui id fieri iusserit faciendumue curauerit. » L'autore principale s'intitola *factor, malefactor, reus principalis,* ecc. Presso alcuni reati (p. es. bestemmia, dardanariato, scopelismo) non si trova cenno della punizione de' complici: nulla però ci autorizza a credere che non avesse luogo e ci sembra soverchio il dubbio di Geyer (*Holtzendorff's Handbuch,* II, 325). È certo che richiedevano l'intenzione delittuosa anche nel complice (cf. D. 47, 2, 50, 2) « recte Pedius ait... nec consilium uel opem ferri sine dolo malo posse » e D. 50, 16, 53, 2 « ut nemo *ope uideatur fecisse nisi et consilium malignum* habuerit. » Al punto che s'uno per ingiuria sfonda una porta altrui, per la quale s'introduce più tardi un ladro, il primo non è complice del ladro (D. 47, 2, 53 pr.)

Esigevasi poi in generale una vera partecipazione: il semplice consiglio a delinquere non costituisce per sè reato. Questo è detto anche nelle Ist. 4, 2, 11 (12).

Se spesso si trova parificata la pena del complice a quella degli autori, non bisogna dedurne una regola generale, come molti hanno fatto (per es. Rein, *Kriminalrecht der Römer,* pag. 183 sq.). Poichè:

a) molte volte si tratta di coautori anzichè di complici (p. e. D. 48, 8, 3, 4);

b) si trova anche sancito il contrario: Cod. 9, 13, 3 e 3.ª Volontieri ricordiamo questo passo dove si trova una distinzione fra coautori e complici, che s'avvicina molto a quella da noi seguita. I primi si chiamano « qui hos (raptores) comitati in hac inuasione et rapina fuerint »: i complici « conscii et ministri huiusmodi criminis »;

c) stante la massima latitudine lasciata al giudice

nella applicazione della pena, costui aveva il diritto e anzi il dovere di regolarsi a seconda del grado di partecipazione.

Il favoreggiamento fu poi considerato, almeno in ordine al *furto,* come un reato *sui generis.* Già nelle XII tavole lo troviamo punito coll'*actio furti concepti:* più tardi vengono puniti i « receptatores ». La ragione arrecata nelle Fonti è appunto che essi disturbano il regolare andamento della giustizia.

CAPITOLO UNDECIMO.

ESTINZIONE LEGALE DEL REATO.

BIBLIOGRAFIA.

SALDROW, *Das Begnadigungsrecht* (Il diritto di grazia). 1802. — BUMA *De iure gratiæ.* 1823. — DOMPIÈRE, *Examen du droit de grace.* 1823. — DE-CANDOLLE, *Sur le droit de grace.* 1829. — PLOCHMANN, *Das Begnadigungsrecht* (Il diritto di grazia). 1844. — V. ARNOLDT, *Ueber Umfang und Anwendung des Begnadigungsrechtes.* 1860. — LÜDER, *Das Souveränetätsrecht der Begnadigung* (Il diritto sovrano alla grazia). 1860. — VASSALI, *Kritische Untersuchungen über das Begnadigungsrecht* (Ricerche critiche sul diritto di grazia). 1867.

ENGAU, *Kurze juristische Betrachtungen von der Verjährung der peinlichen Fällen* (Brevi considerazioni giuridiche sulla prescrizione in materia penale). 6.ª ed. 1772. — GRÜNDLER, *Systematische Entwicklung der Lehre von der Verjährung der peinlichen Strafe* (Esposizione sistematica della teorica della prescrizione della pena). 1796. — UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre* (Ampia esposizione della teorica completa della prescrizione). 2.ª ed. 1858. — RIEDEL, *De præscriptione criminum.* 1831. — HIRGEL, *Kritische Betrachtungen der neuern Doctrin und Gesetzgebung über Verjährung*

der Strafen (Considerazioni critiche sulla nuova dottrina e legislazione intorno alla prescrizione penale). 1860. — Schoch, *lo stesso titolo.* 1860. — Abegg, *Ueber die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen* (Sulla prescrizione di sentenze penali passate in giudicato). 1862. — Schwarze, *Bemerkungen zu der Lehre von der Verjährung in Strafrecht* (Osservazioni sulla dottrina della prescrizione nel diritto penale). 1867. — Hoorebecke, *Traité des préscriptions en matière pénale.* 1867. — Cousturier, *Traité de la préscription en matière criminelle.* 1847. — Brun de Villeret, *Traité théorique et pratique de la préscription en matière criminelle.* 1863. — Marquet, *De la préscription en matière criminelle.*

Argomento.

469. Concetto della *estinzione legale* del reato. — 470. Come il reato sia *subordinato alla legge.* — 471. Cessazione degli *effetti naturali* del reato in forza della legge. — 472. Distinzione di questi effetti naturali. — 473. Il *danno* privato è dalla legge indistruttibile. — 474. *Modi di estinzione.* — 475. *Espiazione della pena.* — 476. Della *riabilitazione* naturale. — 477. Eccezioni fatte dalla legge. — 478. Del *casellario.* — 479. Delle pene *perpetue.* — 480. Norma generale intorno alla *riabilitazione.* — 481. Difficoltà pratica per l'eccezione di questa norma. — 482. Modo per ripararvi. — 483. *Morte del reo.* — 484. Ragione di questo titolo di estinzione. — 485. Disposizione antiche in proposito. — 486. Questo titolo non influisce sulla speciale confisca, sulle spese e sull'azione civile. — 487. La morte relativamente alle pene *pecuniarie.* — 488. *Cosa giudicata.* — 489. Ragione di questo titolo. — 490. Requisito. — 491. Eccezione giustificata. — 492. *Grazia* ed *indulto.* — 493. Ragione di questi titoli. — 494. Effetti. — 495. *Prescrizione.* — 496. Norme derivate dalla ragione di questo titolo. — 497. Effetti. — 498. *Rinuncia alla querela di parte.* — 499. Effetti di questa e di casi analoghi. — 500. Diritto Romano.

469. Quando avvenga una libera infrazione dell'ordine giuridico vi ha reato di sua natura indistruttibile;

perchè *quod factum est infectum fierit nequit;* per cui meno propria è la frase: *estinzione del reato.*

Avviene sì una estinzione; ma meramente *estrinseca* e *positiva,* cioè secondo la legge.

470. Alla legge è subordinato il reato, perchè *nulla pœna sine lege;* epperò il reato, non raggiunge il suo *pieno* effetto, se non in quanto preventivamente considerato e descritto nel codice; di guisa che non è possibile l'applicazione *estensiva* od *analogica* della legge penale.

471. Or bene, se dalla legge soltanto ottiene il reato la *completa sua efficacia* colla relativa applicazione della pena, può anche dalla legge stessa derivare la sua *estinzione;* cioè la *cessazione de' suoi effetti.*

472. Gli effetti naturali del reato, o le obbligazioni inerenti sono di due sorta: 1.° (è quello che importa al penalista) verso la società offesa; 2.° verso il privato, che ne soffre il danno.

473. Il secondo debito, siccome si fonda « sul diritto di natura, che impone di non recar danno o pregiudizio a chicchessia, e, qualora sia avvenuto, di ripararlo il meglio possibile » (PUCCIONI, Com. Cod. Tosc., vol. II, pagina 213), sussiste sempre o la legge non può mai supporlo estinto, se non vi interviene il *condono* della parte danneggiata; il primo debito invece, siccome è contratto verso la società; così può essere da questa per cause *legittime* o in tutto o in parte condonato. Ed è per tale motivo che si dice estinzione di reato secondo la legge o *estinzione legale.*

474. I modi di questa estinzione sono: I. espiazione della pena; II. morte del reo; III. cosa giudicata; IV. amnistia, grazia od indulto; V. prescrizione; VI. rinuncia alla querela.

475. § I. ESPIAZIONE DELLA PENA.

La pena è data per la reintegrazione dell'ordine; orbene, quando sia essa espiata, deve supporsi reintegrato l'ordine, dissipato ogni vestigio di reato. Trascorso quindi il tempo determinato dalla sentenza, il condannato è sciolto da ogni imputazione, ben inteso tenuto calcolo nella esecuzione della sentenza anche della *pena subita nel carcere preventivo*.

Questo è il modo *naturale* ed *assoluto* della estinzione, che non deve lasciare dietro di sè alcuna eccezione.

476. Quid della *riabilitazione?*

È questo un fatto naturale, che deve avere il suo effetto, dacchè il reo ha espiata la pena; dovendo egli essere rimesso nel pieno esercizio de' suoi diritti e *reintegrato nella stima de' suoi cittadini*. Se non sovvenisse al condannato questa speranza, sarebbe resa impossibile la di lui emenda!

477. La legge oggi fa alcune eccezioni a questa *restitutio in integrum* (*Cod. prog. penale,* art. 824 e segg.), le quali non ponno essere giustificate, che dalla condizione eccezionale della società.

478. Il *casellario* non offende questa assoluta estinzione?

No! Il casellario dalla Francia passato a noi (Dec. 24 agosto 1863) sorge dalla necessità di conoscere i rapporti giudiziarii coll'imputato, per l'eventualità di nuovo delitto.

Lo scopo quindi di questo è meramente *storico;* quello cioè di accertare i *precedenti penali;* per cui non pensiamo ch'essa offenda il principio della estinzione del reato.

479. E quando la pena è perpetua, o meglio sono perpetue le conseguenze di questa, come la perdita di alcuni diritti e titoli, la interdizione dai pubblici ufficii, la interdizione dal beneficio, ecc., ecc., non si potrà dare la riabilitazione?

Di *diritto* no, perchè la *perpetuità* aderente alla pena si deve supporre naturalmente aderente al reato. Per non lasciare però chiusa irremissibilmente la via alla completa ristaurazione del condannato, si deve subordinare al diritto di grazia (come è nel Codice austriaco, § 26) la cessazione di questi effetti della pena.

480. Del resto, quanto alla riabilitazione noi non abbiamo che a ripetere quanto abbiamo detto altrove (*Nihilismo*, ecc., ecc. in fine).

La riabilitazione non deve essere retta da alcun Codice penale. Essa dipende da un complesso di fatti, i quali sono estranei all'azione del giudice e dei tribunali, e si coordinano con un sistema, che interessa tutta l'*arte del buon governo;* epperciò appartiene ad una disciplina, i cui cultori sono ancora a desiderarsi in Italia.

Come ormai si è convinti che è un assurdo la *infamia iuris* e nessuna legge può imporre una nota infamante, dove questa non proceda naturalmente dai fatti (abolizione perciò delle pene infamanti); così anche la buona fama, o la dignità, non può essere dalla legge preordinata e dal decreto del giudice imposta.

Basti che il codice dichiari che coll'espiazione della pena *sia estinto il reato (Codice penale,* art. 131 e seg.); le altre conseguenze attendono provvedimenti, che non dipendono dal codice, ma dalla carità cittadina.

Quando taluno è liberato dal carcere dovrebbesi supporre reintegrato l'ordine giuridico anche nella sua coscienza; tale è appunto lo scopo che si prefigge la pena.

481. Il fatto però non risponde alla dottrina; imperocchè il nostro sistema carcerario è lontano dal raggiungere l'ideale imposto dalla scienza (V. *Nostra polemica* con Roeder, *Rivista penale*, 1877-78-79).

Mentre quindi insistiamo per l'introduzione delle giuste

riforme sulle traccie degli ultimi congressi penitenziari, non possiamo a meno di avvertire: che la condizione miseranda degli scarcerati non è da imputarsi a loro soltanto.

Se la pena, lungi dall'emendare, è nuova scuola al delitto, e i condannati liberati dal carcere si trovano quasi nella necessità di seguire il cammino della delinquenza, la colpa è della società, che ha il governo della pena e dei carcerati.

482. E poichè lo Stato per ragioni finanziarie e politiche non è in condizione di provvedervi, troviamo naturale: che alcuni cittadini riparino alla mancanza della pubblica amministrazione e tengano dietro alla cruda giustizia dello Stato coll'efficacia della carità cristiana. Così all'istituto della pena seguiva la *cura miserabilium personarum* in varii istituti, di cui abbondava la nostra Milano.

In queste antiche case al concetto della beneficenza si associava naturalmente l'idea di un convitto o di un sodalizio obbligato a speciali norme di carattere religioso.

Ora sta l'istesso principio e si provvede allo stesso bisogno, ma in maniera diversa; dappoichè l'esperienza ha provato: = che il raccogliere in nuovi istituti i liberati dal carcere, è atto contro la libertà individuale, che assume ancora il carattere di pena. =

Opportunamente perciò sorsero i *patronati*, i quali, lasciando la piena libertà ai liberati dal carcere, si propongono di prestar loro tutti i mezzi necessarii ad una reale riabilitazione (V. avanti *Trattato della pena*).

483. § II. Morte del reo. Non si intende impedire il giudizio *conseguente* dagli atti umani dopo la morte; esso però appartiene non più ad un tribunale repressivo, ma a Dio ed alla posterità.

484. La repressione deve essere *personale;* epperò

morto il delinquente, la pena non potrà più cadere nè sopra i successori di questo, nè sopra il cadavere.

485. Questo principio lo vediamo consacrato anche dalle antiche legislazioni; e solo rimase offeso dal dispotismo imperiale, quando Arcadio estendeva ai figli la pena del perduelle, « ita ut in perpetua egestate sordentibus, vita eis supplicium sit, mors vero solatium » e dalla barbarie medioevale, che inferociva sopra il cadavere.

486. L'estinzione della pena per morte non esercita alcuna influenza sulla *confisca* degli oggetti criminosi, sulle *spese processuali* e sulla *azione civile* procedente dai danni. Questi sono debiti incontrati prima della morte, che naturalmente passano agli eredi, come passività inerente al patrimonio del reo.

487. Si fa quistione *della pena pecuniaria:* se cioè anche questa possa dirsi personale inerente alle ossa del condannato, o anzi *reale,* che affetti cioè il patrimonio del reo e passi quindi agli eredi di lui dopo la sua morte. Una soddisfacente risposta la avremo solo quando sarà dato esatto concetto della pena. Per ora avvertiamo = che nel momento in cui è data la sentenza esecutiva, il debito sorge e affetta il patrimonio del reo, e lo Stato creditore ha diritto di reclamare la parte, che gli compete. =

488. § III. Cosa giudicata.

Contro colui, che è stato condannato o assolto *definitivamente* dal giudizio, non si può applicare nuova pena per causa del medesimo fatto: *res iudicata pro veritate habetur.*

489. Si badi, come avverte Giuliani, che il turbamento sociale prodotto dal reato (ragione prima della pena) è sempre relativo alla impressione prodotta dalla fattispecie risultante al momento del giudizio; ed una circo-

stanza rivelatasi più tardi, se avesse a far rivivere il processo, farebbe oscillare l'autorità della sentenza inspirando diffidenza nei giudizii ed incertezza nel diritto, ritornando a colpire un individuo, per cui è a presumersi la piena riabilitazione.

Altrettanto è a dirsi della sentenza assolutoria, sia questa assoluta, sia relativa o per dimissione (licenziato cioè per *insufficienza di prove*).

Vige il canone non *bis in idem;* e se ciò non fosse, ogni cittadino sarebbe in forse della propria libertà ed onore.

490. Inutile avvertire: che una sentenza, perchè porti divieto a istituire nuovo giudizio criminale, debba essere *passata in cosa giudicata*, cioè non ammettere alcun rimedio nè ordinario, nè straordinario.

491. Alla regola indicata suolsi opporre un'eccezione che trovavasi già nelle leggi romane, quando cioè = il reo fosse stato assolto dietro corruzione dell'accusatore dei giudici, dei testimoni. = In tal caso la sentenza assolutoria non avrebbe forza e si dovrebbe rinnovare il processo.

Questa eccezione (se pure è tale) è giustificata dal *vizio intrinseco* della sentenza assolutoria, fondata sopra un errore di fatto o meglio sopra nuovo delitto scoperto, il quale annulla naturalmente la sentenza stessa, essendo essa contro diritto, *in-iuria*.

Quando poi si possa dare eccezione a questa regola o la *revisione di una sentenza,* è quistione che verremo a svolgere nella procedura (art. 668 e segg.).

492. § IV. GRAZIA, INDULTO, AMNISTIA.

La *grazia* = è uno speciale condono di tutta o di parte della pena, fatta al *condannato dietro sua domanda* =; l'*indulto* = è un condono totale o parziale fatto ad una *classe* di rei o di reati senza previa domanda =; *amni-*

stia = è l'obblio del reato, che impedisce l'applicazione della pena e l'azione =.

Indulto ed amnistia sono di ordine pubblico; ed il privato non può rinunciarvi.

493. Al diritto costituzionale spetta dimostrare la ragione di questa facoltà nel monarca; a noi basta avvertire: che ammessa la fallibilità dell'umano giudizio ed il continuo variare delle esigenze sociali (a cui è subordinato il titolo della pena), bisogna di necessità riconoscere nel sommo moderatore sociale, a cui fa capo l'esercizio della giustizia, l'estremo giudizio di appello. Lo che indica chiaramente: come la grazia o l'indulto non ponno essere concessi a placito; ma solo dietro a nuovo esame e specialmente, al sopravvenire di nuove circostanze: e che (lo ricordino i *ministri di grazia e giustizia*) si esige *pubblicità;* perchè è *pubblico l'esercizio della giustizia.*

494. Questo atto sovrano di condono non produce alcun effetto relativamente ai debiti incontrati dal reo, sia per le spese del processo, sia per ragione di indennità.

495. § V. PRESCRIZIONE.

Chi vive nel tempo non può impedire l'efficacia di questo, che copre di oblio le umane azioni; e coll'oblio viene a ristaurare naturalmente l'ordine leso dal reato.

Questa è la ragione, che giustifica la prescrizione penale e la modera equamente, poichè determina un lasso di tempo maggiore in ragion diretta all'entità dell'offesa.

495. Per ciò i reati lievi, come potranno prontamente dimenticarsi, così potranno in breve tempo prescriversi; e i reati gravissimi, di cui perdura la memoria, non potranno prescriversi che dopo lungo lasso di tempo e per alcuni la pena sarà *imprescrittibile.*

497. Riguardo agli effetti della prescrizione relativi al danno privato, vedi più avanti nel *Trattato della azione.*

498. § VI. Rinuncia alla querela.

Si può questa parificàre al *condono,* per grazia sovrana; dappoichè la legge in alcuni casi, già altrove avvertiti, non solo impedisce l'azione penale, quando non vi sia la querela di parte (di che tratteremo nel *processo*); ma permette ancora, che dopo la condanna il querelante possa *far cessare gli effetti della pena;* a mo' d'esempio, quando il conjuge querelante consenta di convivere con l'altro conjuge condannato per adulterio o concubinato.

499. È questa un'eccezione, che potrebbe estendersi ad altri casi analoghi, quando cioè il nuovo fatto sopravvenuto distrugge naturalmente gli effetti del reato; in genere però dove si esige la querela di parte, la rescissione dalla querela può darsi soltanto prima della sentenza; epperò si riferisce esclusivamente alla *azione penale.* Colla condanna, la quietanza della parte lesa può produrre solo la *estinzione della azione civile,* in quanto il querelante confessi di non insistere più oltre per l'indennità (Vedi avanti *Dell'azione*).

500. *Diritto romano.* Le cause di estinzione del reato, che noi abbiamo accennato pel diritto odierno, si trovavano anche nel diritto romano. Tuttavia specialmente per effetto del dispotismo imperiale non sempre si trovano applicate quelle massime, che pur erano riconosciute.

1.° *Crimen estinguitur mortalitate* (D. 48, 4, 11 e 48, 1, 3). Ne' *crimina extraordinaria* che avevano per effetto una pena pecuniaria o anche la confisca, questa poteva eseguirsi anche dopo la morte del reo, ancorchè fosse avvenuta prima della condanna. Non così ne' *crimina publica* ad eccezione del *crimen repetundarum* e del *crimen maiestatis.* Infatti gl' imperatori, oltre la *damnatio memoriæ,* estesero le pene della *lex Iulia* ai figli de' ribelli, concedendo come somma grazia la vita.

2.° L'espiazione della pena non sempre estingueva il reato. Anzi di solito pesava sul condannato per tutta la vita l'*infamia iuris*, che lo inabilitava a molti pubblici ufficii e lo rendeva membro estraneo alla vita civile.

3.° La grazia (*indulgentia principis*) sia *speciale* (*intercessio, uenia, restitutio in integrum*), sia *generale*, estingue il reato. La seconda però non si riferisce a' più gravi reati (Cod. Theod. 9, 40, 7) e lascia perdurare l'*infamia* (C. 9, 51, 7); la prima invece restituisce tutto al condannato, tranne, almeno di solito, il patrimonio confiscato (C. 9, 49, 4). Altra cosa è l'*abolitio* (*generalis* o *priuata*), la quale non estingue il reato, ma soltanto il processo, talchè l'azione penale può ripetersi, per lo stesso reato (C. 9, 46, 9).

4.° La prescrizione. Abbiamo forse il primo esempio nella *lex Iulia de adulteris coercendis*. Sotto l'impero si formò (non si sa precisamente come. Cf. WÄCHTER, *Vorlesungen*, p. 302. — HOLTZENDORFF'S, *Handb.* II 596 sq.) la massima, che le azioni penali si prescrivessero in 20 anni. Per que' reati poi, che fossero dichiarati imprescrittibili (p. e. il parricidio, D. 48, 9, 10), entrava la prescrizione di 40 anni (così ha certamente con ragione deciso il WÄCHTER una lungamente agitata controversia de' Romanisti, *Vorlesungen*, p. 204 sq. cf. Cod. 7, 39, 4).

5.° La remissione della querela della parte offesa, specialmente nel reato d'adulterio e in quello d'ingiuria (*dissimulatione aboleri*, cf. D. 47, 10, 11, 1 — Inst. 4, 4, 12 ibique Theophil).

TRATTATO QUARTO.

DEI REATI IN ISPECIE.

CAPITOLO PRIMO.

CLASSIFICAZIONE DEI REATI.

BIBLIOGRAFIA.

Abegg, *Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung des besondern heils des deutschen Strafrechts* (Contributo alla teoria dell'ordinamento della parte speciale del diritto penale tedesco). 1835. — Lo stesso, *Goltdammer's Archiv.* 68, 27 sq.

Argomento.

501. Rapporto di questo trattato cogli antecedenti. — 502. Classificazione abbandonata all'arbitrio del legislatore. — 503. Si respinge questo sistema. — 504. Fondamento di una classificazione razionale. — 505. L'*oggettività del diritto leso* o l'*infrazione dell'ordine giuridico,* come norma razionale della classazione, positivamente si risolve nella *violazione della legge.* — 506. Necessità quindi di conoscere la legge o il diritto *determinatorio,* avanti studiare la pena o il diritto *sanzionatorio.* — 507. Distinzione di reati pubblici e privati. — 508. Obbiettività giuridica o offesa al diritto universale: classificazione dei reati derivanti da questo principio razionale. — 509. Reati di stampa. — 510. Diritto Romano.

501. Data la *nozione* etimologica, razionale e positiva del reato, enumerate le varie *distinzioni,* studiata la *ge-*

nesi ed in particolare determinata l'*imputabilità* nelle sue gradazioni, esposti i *momenti* morali e materiali, che colle *circostanze* riescono a determinare le modalità del reato, considerate infine le *persone*, che concorrono all'effettuazione e il modo di *estinzione* del reato, dobbiamo ora *specificare* il reato stesso, secondo le varie figure giuridiche: *oggetto* del Codice penale.

502. A taluno apparve *inutile* questa impresa; pensando che sia abbandonata all'arbitrio del legislatore; e quindi *arbitraria* la classificazione stessa, non subordinata a norma di ragione.

Si giunse a questo estremo; perchè si scelse una via inadeguata e fallace nello stabilire lo stallo conveniente a ciascun reato; epperò nacque da ultimo la diffidenza negli scrittori in un principio razionale direttivo ed il bisogno di abbandonarsi alla legge positiva, come unico rifugio.

503. Tale fu il sistema seguito dai compilatori delle Pandette, i quali presero di guida il *giudizio* o il processo nella distinzione dei reati: tale il sistema francese, che ne dedusse il criterio *dall'applicazione della pena;* e tali altri sistemi, di cui è data la confutazione dal CARRARA in un'opera recentissima: *Reminiscenze di Cattedra e Foro; lezioni sull'ontologia.*

504. Noi sulle traccie di CARMIGNANI, maestro di CARRARA, riteniamo come *cardine naturale* nella classificazione dei delitti il criterio della *diversità del diritto leso col maleficio* o l'OBBIETTIVITÀ GIURIDICA, al cui concetto si informa pure la recente legislazione (Prog. ZANARDELLI, Relaz., pag. XVIII). « La infallibilità di questo criterio si dimostra a priori col più semplice ragionamento. Ciò che costituisce l'*essenza* di un reato è la violazione di un diritto; perchè dove non è violazione di un diritto, con-

giunta alla offesa dell'opinione della sicurezza (eccoci *alla infrazione dell'ordine giuridico!*), non può il legislatore, senza cadere in tirannide, trovare un delitto e minacciare una pena. Dunque, a seconda della varietà del diritto leso, deve variare la *qualità del reato* che ne risulta; come a seconda della sua maggiore o minore importanza, deve variarne la *quantità* » (Op. cit., pag. 30).

505. Dietro questa norma l'*oggettività* del diritto leso o dell'ordine giuridico infranto, che per noi torna lo stesso, è facile avvertire: = che la classificazione razionale potrebbe tradursi in ordine positivo, considerando la legge garante del diritto, riducendosi il reato sempre ad *una negazione di diritto* o *violazione di istituto giuridico* =.

506. Perciò al retto apprezzamento dei singoli reati, si richiede prima la cognizione razionale e positiva delle leggi, a cui essi si riferiscono.

507. Orbene le leggi, che costituiscono l'ordine giuridico, si distingono dapprima in *pubbliche* e *private*, quelle determinano l'organismo interno ed esterno dello Stato, queste i rapporti privati dei cittadini. Da ciò nel classificare sorge dapprima la massima distinzione di delitti *pubblici* e *privati*, distinzione però che potrebbe dar luogo ad equivoco, quando si creda che possa darsi il delitto, di cui non sia pubblica l'azione e che sia limitatamente di competenza del privato offeso (V. avanti dell'*azione*).

508. Considerando per ciò il delitto esclusivamente nella *sua obbiettività giuridica*, il diritto universale offeso, l'Istituto turbato, dalla massima persona collettiva lo Stato discendiamo fino all'offesa all'istituto della proprietà privata.

Dietro questa successione di idee crediamo che si possano stabilire le seguenti classi:

1.° *Reati contro lo Stato,* considerato questo nel suo organismo vitale o, tanto nei rapporti esterni (diritto internazionale), che nei rapporti interni;

2.° *Reati contro la libertà moderata dallo Statuto.*

3.° *Reati contro l'esercizio della giustizia.*

4.° *Reati contro la pubblica Amministrazione:* ed in particolare; *a*) contro la pubblica tranquillità; *b*) contro la fede pubblica; *c*) contro l'economia pubblica; *d*) e finalmente contro la sanità.

A questi reati, i quali colpiscono direttamente lo Stato, seguirebbero i reati direttamente lesivi dei diritti privati e della proprietà, sia privata che pubblica, avvertendo: che la diversità del diritto leso, o il danno immediato sul privato cittadino, non toglie all'azione delittuosa il suo carattere di *diritto universale offeso,* per il quale soltanto può procedere la società all'applicazione della pena.

5.° *Contro il buon costume e l'ordine della famiglia.*

6.° *Contro le persone.*

7.° *Contro la proprietà.*

509. Quid dei reati *di stampa?*

La diversità dell'istrumento non è quella che influisce sulla classificazione; epperò debbono anche questi reati essere compresi nel Codice sotto i varii titoli, secondo l'istituto offeso (V. Buccellati, *La libertà di stampa moderata dalla legge*).

510. *Diritto romano.* Nel diritto romano la classificazione de' reati si fonda su un criterio affatto storico. Essi si dividono in privati, pubblici, straordinarii.

I primi sono quelli, che furono sempre perseguibili con semplice azione privata; i secondi quelli, che furono fatti oggetto delle *leges iudiciorum publicorum* ai tempi delle *quæstiones publicæ;* gli ultimi quelli, per cui in pro-

gresso di tempo lo Stato determinò di procedere *extra ordinem*.

Nelle *Pandette* abbiamo:

a) Delitti privati (47,1): *furto* (47,2), varie specie di esso contemplate separatamente (47,3. 4. 5. 6), *taglio d'alberi* (47,7), *rapina* (47,8), *incendio, assalto di nave* e *delitti congeneri* (47,9), *ingiurie* e *libello famoso* (47,10).

b) Delitti straordinari (47,11): *violazione di sepolcro* (47,12), *concussione* (47,13), *abigeato* (47,14), *prevaricazione* (47,15), *ricettazione di malfattori* (47,16), *varie specie di furto qualificato* (47,17. 18. 19), *stellionato* (47,20), *amozione di termini* (47,21), *società illecita* (47,22).

c) Delitti pubblici (48,1): *lesa maestà* (48,4, *lex Iulia*), *adulterio, incesto, stupro* (48,5 *lex Iulia*), *vis publica* (48,6, *lex Iulia*), *vis privata* (48,7, *lex Iulia*), *assassinio* e *veneficio* (48,8, *lex Cornelia*), *parricidio* (48,9, *lex Pompeia*), *falso* (48,10, *lex Cornelia*), *concussione per opera di magistrati* (da non confondersi colla concussione *simulato præsidis isu* che è *crimen exstraordinarium*, 48,11, *lex Iulia*), *impedimento alla libera circolazione delle vettovaglie* (*crimen annonæ*, 48,12, *lex Iulia*), *peculato* e *sacrilegio* (48,13, *lex Iulia*), *ambito* (48,14, *lex Iulia*), *plagio di servi e liberi* (48,15, *lex Iulia*).

Nel Codice l'ordine lascia molto a desiderare. Nel libro 9.° che risponde a un dipresso ai *libri terribiles* i *crimina extraordinaria* succedono ai *crimina publica*, non però senza qualche perturbazione. I delitti privati sono sparsi, senza reciproco nesso per entro i libri del Codice.

I giuristi romani non mancarono però d'intravedere una distinzione più razionale: *delicta iuris gentium* (*natura turpia*) e *iuris civilis*: distinzione che risponde a un dipresso alla nostra di *delitti* e *contravvenzioni* (cfr. la *conclusione*). Più nettamente di tutti esprime questo

concetto ULPIANO (D. 50, 16, 42) « probra quædam natura turpia sunt, quædam civiliter et quasi more civitatis ».

Del resto non era facile che i Romani pervenissero ad una classificazione ontologicamente così corretta, come quella che abbiamo proposto. Infatti essi in origine non considerarono come reato che l'attentato doloso contro gli interessi dello Stato (VOIGT, *Zwölf Tafeln* II 782: così in Grecia, cf. il capo 2.° della cit. diss. del FERRINI). Alle volte il reato offendeva interessi d'ordine diverso, degli Dei o dei privati; ma anche in questo caso prevaleva l'interesse dello Stato (VOIGT, l. c.). I delitti, che non offendevano che un privato o la famiglia, non appartenevano al diritto criminale. Solo più tardi cogl'Imperatori furono in parte puniti *extra ordinem*.

CAPITOLO SECONDO.

REATI CONTRO LO STATO.

BIBLIOGRAFIA.

MECACCI, *Dei reati politici*. 1879. — TEICHMANN, *Les delits politiques, le régicide et l'extradition*. 1883. — ROHLAND, *Das internationale Strafrecht* (Il diritto penale internazionale). 1877. — KNITSCHKY, *Das Verbrechen des Hochverrats* (Il diritto d'alto tradimento). 1874. — *Progetto Zanardelli Savelli e relazione*. 1883: Parte II, Tit. I. — YONGE, *De delictis contra rempublicam*. — HEINZE, *Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen* (Osservazioni di diritto costituzionale e penale sul progetto di Codice penale della Confederazione del Nord). 1870. — JOHN, *Verbrechen gegen den Staat* (Reati contro lo Stato) in HOLTZENDORFF'S, *Lehrbuch*, Bd. III, p. 1 sq. — ZACHARIAE, *Versuch des Hochverraths* (Attentato d'alto tradimento) nell'*Archiv für Criminalr*. 1833, *Goldtdanmer's Arch*. III, 175, V, 581. — WALTHER, *Hochverrathscomplott* (Congiura d'alto tradimento). 1849.

ARGOMENTO.

511. Con discernimento va usata la qualifica di *politico* annessa a reato. — 512. Confusione colle *contravvenzioni di polizia*. — 513. Effetto di questa confusione. — 514. Separazione delle contravvenzioni o violazioni della legge di città (politica) dai reati contro lo Stato. — 515. Il reato *politico* è prima reato *comune*. — 516. Le differenze sono accidentali e relative. — 517. Come queste differenze vanno diminuendo. — 518. Fondamento del reato comune nel reato così detto politico. — 519. *Condizioni* necessarie, perchè del reato politico si abbia *un concetto razionale*. — 520. La *sicurezza dello Stato*, non l'interesse dinastico o personale. — 521. La *solidarietà* dei cittadini per la difesa sociale. — 522. Queste due condizioni torranno i pregiudizii, che falsano il concetto di reato politico: *a*) la confusione colla contravvenzione; *b*) la impedita estradizione nei reati politici. — 523. Ragione storica di questi due pregiudizii. — 524. Oggetto del reato così detto politico. — 525. Sovranità dello Stato. — 526. Anche il dispotismo è sovranità legittima. — 527. *E se si vuole mutare in meglio?* — 528. Il semplice *attentato* non è reato politico. — 529. Applicazione di questa forma al diritto italiano. — 530. Reato di *oltraggio*. — 531. Come può darsi il reato di oltraggio alla sovranità dello Stato. — 532. Difesa dei deputati che partecipano alla sovranità. — 533. Difesa del Re e del Senato. — 534. *E se il reato di oltraggio si commette mediante stampati stranieri?* — 535. *Reato di cospirazione*. — 536. Necessità di rettificare il concetto di questo reato. — 537. Elemento *oggettivo* di questo reato può essere soltanto la *parola*. — 539. Necessità della massima cautela nell'apprezzamento di questo reato. — 540. Altri reati politici. — 541. Reati nei rapporti *esterni*. — 542. Reati nei rapporti *interni* contro la sicurezza dello Stato. — 543. Diritto Romano.

511. Questi assumono anche la qualifica di *politici*. Procediamo però cauti nell'uso di questa parola; imperocchè, secondo il significato etimologico e la tradizione scientifica da Beccaria ai nostri giorni, la voce *politica*, rappresenta *l' esigenza della città;* e quindi si potrebbe

supporre: che il reato, così detto *politico*, non sia prima peccato, ma una *mera creazione* dello Stato per meglio assicurare, non l'ordine giuridico, ma la propria economia.

512. Il concetto così limitato, per le ragioni surriferite, non è reato (V. sopra *definizione del reato*); potrebbe essere soltanto una *contravvenzione* di polizia.

513. La noncuranza di tale distinzione e l'assenza dell'elemento intrinsecamente criminoso nel reato di lesa maestà, sotto l'impero del dispotismo *(quod regi placuit legis habet vigorem)*, fu causa di gravissimi abusi, sì che spinse oggigiorno alcuni scrittori, fra i quali CARRARA (*Programma - Parte speciale*, § 3924), a dichiarare per generoso impulso: *di avere a schifo questo studio, siccome deficiente del fondamento razionale.*

Nè a torto se avvertiamo al passato. Imperocchè fu egli il reato così detto politico il più *arbitrario;* ed oggi ancora stabilisce un *erroneo criterio* nella misura degli atti preparatorii e del tentativo; introduce inconvenienti *privilegi nella pena* comminatagli; *falsa* il concetto dell'estradizione e, per raccorre tutto ad un punto, diffonde il fatale sistema di *separazione* fra reato *comune* e reato *politico*, come se nel reato *politico*, o meglio *direttamente contro lo Stato*, non vi fosse una reale *infrazione dell'ordine giuridico*, quale la abbiamo nel reato così detto *comune*.

514. La separazione per noi sussiste, quando il reato politico sia sinonimo di *contravvenzione*, oggetto del codice di polizia punitiva; ma quando vi ha un'*aggressione antigiuridica* (ed è ciò che importa avvertire), abbiamo dapprima il *peccato*, poi il reato *comune*, che *si specifica*, secondo l'oggetto della violazione, lo *Stato:* a quella guisa che altro reato qualunque si specifica nell'*omicidio*, nella

diffamazione, nel *furto,* secondo che è preso di mira *l'integrità personale, l'onore, la proprietà.*

515. Sta pure che i rapporti privati siano più uniformi nei diversi popoli, che non i rapporti pubblici; e perciò più soda e sicura dottrina vi sia rispetto ai reati contro la persona e la proprietà, che non sia ai reati contro lo Stato. Le differenze però dell'organismo politico, se rendono *difficile la ricerca dell'elemento comune* o del peccato, non la rendono *impossibile;* perocchè si può considerare lo Stato nella sua *essenziale* esistenza.

516. Tuttavolta non neghiamo, che anche dalla forma di governo (a cui talvolta aderisce la sostanza di Stato) deriva pure oggi la nota differenziale di alcuni codici penali. L'omicidio, il furto, la diffamazione, sono parimenti giudicati in Russia, in Inghilterra ed in Francia; la *cospirazione* invece, ed altri reati così detti politici, sono condannati diversamente, secondo la varia costituzione dello Stato.

517. Quando però le nazioni fraternizzino per la *comunanza di civili istituzioni,* anche gli elementi *vitali* dei singoli Stati si identificheranno; e mercè il diritto internazionale, il cui progresso è in rapporto con tutto il diritto pubblico interno di ciascuna aggregazione politica (BLUNTSCHLI, *Deutsches Staatswörterbuch*), si potrà giungere al punto che si uniformi anche la sanzione penale *per mutua difesa:* e il reato, poniamo di cospirazione, quale sarà per essere in Italia col nuovo Codice secondo i proposti emendamenti, tale sarà presso gli altri popoli d'Europa.

La differenza maggiore vi ha nelle *contravvenzioni contro lo Stato,* siccome quelle, che, rappresentando *l'avviamento al delitto (reatus in itinere),* non il *reato perfetto* (V. la nostra teoria *Del tentativo*), sono giustificate non dall'ag-

gressione di un diritto, ma semplicemente dal *pericolo* o dall'interesse sociale e rappresentano per necessità tutte le sfumature, per cui si rasenta il reato perfetto e si tien perciò calcolo delle *singole accidentalità organiche* dei varii Stati.

Per tale riguardo non è dubbio, che riesca difficilissima al legislatore la esatta separazione di questi reati contro lo Stato, dalle relative contravvenzioni; ed anche l'attuale Progetto di Cod. Pen., benchè sopra tutti i codici d'Europa, meriti lode nella specificazione concreta di questi reati, non penso che abbia raggiunto appieno l'ideale.

518. Per ora, a giustificazione di questa figura di delitto nel Cod. Pen., contro chi ne impugna la razionalità, noi domandiamo: la personalità collettiva, che si chiama *Stato,* non ha dessa diritto all'esistenza a pari della persona individuo? E se ha questo diritto, perchè non sarà egli universalmente riconosciuto?

519. Due condizioni sono necessarie perchè del reato così detto *politico* si formi un *razionale* e *positivo* concetto: 1.° la conformazione dello Stato secondo giustizia, cioè non per interesse dinastico o personale, ma per il bene comune; 2.° che la ragione dello Stato penetri nella coscienza del cittadino; senta ciascuno di essere necessariamente parte di un tutto, che si dice Stato.

Queste condizioni subordinate al processo civile delle nazioni, non si impongono, ma lentamente maturano.

520. La prima, che cioè uno Stato provvegga al bene dei consociati e non si prefigga un idolo qualunque, a cui è sacrificato il cittadino, è un'idea, che sulle rovine del diritto divinitario, del militarismo, delle auliche sentenze, si è ormai rassodata e diffusa non solo fra noi, ma per tutto il mondo, di guisachè nessuno oggi al certo ripeterebbe: *la Francia son io!* Un monarca od un presidente

di repubblica acquistano valore in ragione diretta della noncuranza di loro persona, per rappresentare soltanto quella dei consociati.

E tale principio non è punto subordinato ad alcuna forma di governo.

L'Italia ha prescelta e confermata col plebiscito la forma monarchico-costituzionale. La libertà di stampa e di discussione lascia aperta la via alla repubblica; ma finchè questa non è imposta dalla coscienza universale, mercè quei fatti provvidenziali, che sono detti *Rivoluzioni*, a nessun cittadino è lecito arrecare turbamento con *violenza* (in qualunque modo manifestata) a quell'ordine, a cui aderisce l'esistenza stessa della nazione e la somma d'ogni diritto (V. più chiaramente N. 542 e segg.)

Come poi possa darsi rivoluzione? È questione serbata ad altra sede. Sta per noi in modo assoluto la dottrina di Rossi: « ogni costituzione deve riputarsi buona, finchè non è mutata per vie legali: essa è il diritto del corpo sociale: il potere la difende con giustizia verso tutti e con tutti ».

521. La seconda condizione non è facile in Italia, sorta da poco tempo a nazione. Abbiam fatto però un felice cammino verso l'unità morale, e ci giova sperare che come l'antico *civis romanus,* così il recente italiano senta l'orgoglio del proprio nome.

522. Avverate queste due condizioni, si dissiperanno le nubi, che offuscano questo grave argomento e si potrà convenire sopra una serie di atti, che *razionalmente,* e quindi da tutti gli Stati, si debbano considerare reati, senza bisogno di ricorrere a due eccezioni che sono attualmente la condanna dei reati politici, cioè l'applicazione della giustizia preventiva, *melius est succurrere in tempore, quam post exitum vindicare* (SALLUST. *Catil.* 19. cf. Cod. Iust. 9, 8, 5 pr.) e la impedita *estradizione*.

523. Queste due eccezioni, che offendono il concetto di reato, si potevano giustificare, quando, come si avvertiva, l'arbitrio del sovrano creava il concetto della infrazione; perchè mancando allora realmente l'offesa all'ordine giuridico, era naturale il ricorrere alla ragione del pericolo o della minaccia e, data questa base incerta al reato, era pur giusto che i popoli civili non avessero a farsi complici dell'altrui tirannia e si rifiutassero all'estradizione.

524. La nozione del reato è relativa all'oggetto offeso; orbene, l'oggetto del reato politico, come suolsi chiamare, è *la sovranità dello Stato*.

525. Questa non è tanto nell'individuo o nella famiglia, quanto nella nazione, « è, come dice il CARMIGNANI, il potere supremo, che governa le famiglie, le quali convivono e formano una società distinta dalle altre. Chi offende quindi lo Stato nella sua vita intima, offende la nazione ed i singoli cittadini ».

526. Nè vi ha differenza di costituzione. Anche il dispotismo può essere il governo legittimo: è distinto questo dalla tirannia, la quale non è ordine, non è diritto, e può giustificare la reazione (BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten,* pag. 200 e seg., 3ª ed. 1878).

Certo fra le varie forme di governo, l'assoluta non è la migliore; ma qui si domanda solo se sia *legittimamente* possibile, al quale problema rispondono affermativamente tutti i pubblicisti e la storia.

527. Se si vuole mutare in meglio?

Non dubitiamo rispondere: che nessun cittadino può arrogarsi la facoltà di imporre *violentemente* le proprie idee ai consociati.

Libero a tutti il giudizio, se buona o meno sia una determinata costituzione politica; libera anche, almeno in

quanto al diritto penale (poichè le leggi di polizia potrebbero sovvenire in proposito), *la manifestazione di questo giudizio;* ma un fatto esterno, che scuota violentemente lo Stato nel suo organismo, è reato.

528. Perciò pensiamo che non sia lecito annoverare tra i reati i discorsi o le pubblicazioni *contro la costituzione politica, l'inviolabilità del Re, l'ordine di successione, l'autorità delle Camere,* perchè sono questi argomenti lasciati alla libera coscienza e quindi anche alla libera discussione.

529. Intendo il pericolo di ciò, per lo Stato italiano; dacchè « la ragione dimostra ad evidenza che l'Italia, essendo già divisa in molte provincie, la repubblica non farebbe che accrescere la divisione, rendere l'unione impossibile, ed, indebolendo la nazione tutta quanta, compromettere la libertà.... » (Rosmini, *La costituzione*) « la monarchia costituzionale è il solo ordine politico, che possa spianare la via all'indipendenza d'Italia.... » (Gioberti, *Rinnovamento*). Tutto ciò sta bene, ma è pur sempre e sola la *ragione del pericolo;* e questa non è fondamento del diritto punitivo.

Un discorso quindi, uno stampato, un'adunanza, ed anche una semplice dimostrazione, non potranno mai essere oggetto di codice penale; ma solo argomento di una legge di polizia.

530. Questi atti, potrebbero assumere la forma di reato, quando concorrano a costituire un *oltraggio* o la *cospirazione.*

531. L'oltraggio è = una mala interpretazione dei fatti altrui dolosamente manifestata colla parola o colla stampa; = e come vi ha il reato di ingiuria e diffamazione contro il privato, così vi ha l'oltraggio possibile contro la sovranità, il Re, la Camera, il Senato.

Non è già che sia impedito un giudizio di biasimo, o una riprovazione degli atti della Camera; è impedita una maligna insinuazione, che scuote l'autorità della rappresentanza nazionale e quindi lo Stato.

522. Piena sia la libertà; perchè si costituisca la pubblica opinione, ma la libertà non declini in licenza, avvertendo: che la responsabilità dei deputati avanti al pubblico giudizio, non toglie loro il diritto, che ha qualunque galantuomo, di essere giudicato secondo verità e giustizia.

523. Al reato quindi *politico* di oltraggio al Re, alla Camera ed al Senato, deve precedere il reato *comune* di ingiuria e di diffamazione; come al regicidio ed alla strage, precedono il reato di omicidio, di furto, o di rapina.

524. E se questo reato si commette per mezzo di stampati stranieri?

Anche in tal caso il reato sussiste, e solo varia il diritto di azione, come abbiamo dimostrato in altra opera: *Reati di stampa,* Cap. IV, § 1.

525. Questione grave sorge relativamente al reato *di cospirazione.*

La *Sottocommissione* MANCINI (*Osservazioni e proposte di* CARRARA e NELLI, Roma 1877, pag. 8), avvertendo alla infausta origine del *reato di cospirazione,* alla contraddizione col principio fondamentale, *cogitationis poenam nemo patitur,* alla intrinseca immoralità, dove la figura di questo reato risulti da mere supposizioni e sospetti, ed alla vanità dei processi, per le frequenti assoluzioni con tanto disdoro delle leggi e dei governi, concludeva = che della cospirazione il codice non disponesse nominatamente. =

526. Non che soppresso il reato di cospirazione, sarebbe a desiderarsi che con formola *precisa* fosse definito e così tolto lo sconcio di punire atti, che, secondo la di-

zione usata dal Codice ed anche dal Progetto, potrebbero apparire semplicemente *preparatorii.*

È a questo fatto della punizione di atti *meramente preparatorii,* giustificato dalla nota sentenza catoniana, che la pubblica coscienza e la scienza si ribellano.

527. La cospirazione, suolsi opporre, deriva la sua *origine soltanto dall'abuso della parola?*

Sia! Non è il reato *una libera infrazione dell'ordine giuridico?*... E questa infrazione non può avvenire con *atti* e con *parole,* secondo il canone seguito da tutti i criminalisti?...

Non figura in altri reati la parola *come entità oggettiva* del reato?

Se dalla libertà del pensiero fosse lecito derivare l'assoluta libertà o licenza di parola, si dovrebbe per logica conseguenza, come dice Girardin (*Du droit pénal,* in pr.) passare alla libertà degli atti, e con ciò abolire il diritto punitivo.

La parola uccide quanto la spada: ciò regge sia in ordine morale che giuridico; epperò, i codici hanno considerato come reato *il comando, il mandato, l'instigazione a delinquere,* ecc.

528. Certo bisogna andar cauti nello stabilire la delinquenza della parola; e quindi sentiamo il bisogno, rispetto alla cospirazione, di ben determinarne i requisiti, affine di precisarne il concetto: 1.° *la prava volontà,* non un semplice voto; 2.° *il concerto* con più individui intorno ai mezzi atti ad effettuare questa volontà, il quale risulti naturalmente dalla *accettazione* della proposta criminosa: nel quale atto *(pactum sceleris)* consiste la reale *violenza* alla pacifica associazione, non la semplice minaccia di un pericolo, ma la rottura, già effettuata colla parola o collo scritto dell'ordine giuridico supremo, la cui impunità

produrrebbe male maggiore; 3.° per uno degli scopi intesi contro lo Stato: sottoposizione dello Stato a dominio straniero, regicidio, rovescio violento della costituzione politica, ecc., lo che chiarisce la *prava* natura del concerto; = non è l'espressione di una opinione, ma è l'imposizione violenta di questa =.

539. In coerenza a queste dottrine, è tolto il pericolo che la cospirazione sia un ente di mera creazione dinastica, e sia costituito da atti preparatorii.

La manifestazione del concerto, che ordinariamente risulta dallo stampato, o *l'accettazione della proposta,* che torna poi lo stesso, costituiscono l'atto consumativo della cospirazione; che se abbiamo solo la proposta, si potrà dare oltraggio, ma non mai cospirazione.

540. Abbiamo accennato ai due reati politici, su cui cade più grave la controversia e che pongono a pericolo la razionalità di questo reato.

Tutti gli altri reati cadono sotto la forma evidente secondo l'oggetto, cioè « contro l'organismo politico dello Stato, sia nei rapporti interni, sia nei rapporti esterni ». (V. Grippo, *I reati di guerra civile,* ecc., Filangeri 1880).

541. Rispetto ai *rapporti esterni,* osserviamo soltanto: che non si deve limitare la difesa dello Stato a quanto riguarda la sua politica costituzione; ma ancora ai suoi necessarii vincoli cogli altri Stati, coi quali armonicamente concorre a stabilire una società maggiore, la umanità. Da ciò procede la necessità di una sanzione penale per garantire l'esistenza anche degli altri Stati, quindi la considerazione dei *delitti contro i Capi dei Governi esteri e loro rappresentanti diplomatici,* come abbiamo nell'attuale Prog. di Cod. Pen. Italiano, Parte II, Tit. 1°, Cap. III.

Solo a questo modo è assicurata la fratellanza degli Stati ed è tolta la causa di diffidenze ed anche di guerre.

La pace perpetua si può solo assicurare quando a vicenda e lealmente i Governi concorrano alla mutua difesa (Holtzendorff, *Die Idee des ewigen Völkerfriedens*).

542. Nei *rapporti interni* contro la sicurezza dello Stato, si danno due speciali offese: l'una contro la Patria, che tende a menomare l'indipendenza, l'integrità o l'unità dello Stato, mantiene communicazione con nemici, effettua arruolamenti o in altro modo espone la patria a pericolo di guerra e rappresaglie; l'altra contro la costituzione: e poichè baluardo di questa è la sovranità, così sono dapprima considerati gli attentati alla vita, alla libertà ed all'onore del Capo dello Stato e della famiglia reale, quindi gli attentati alla libertà ed alla dignità della Camera o del Senato; seguono l'insurrezione contro i poteri dello Stato, la provocazione alla guerra civile, strage o saccheggio, l'arbitraria occupazione di comandi militari, piazze, fortezze, navi da guerra, ecc., e la *violenta* proclamazione di principii contrarii allo Statuto. — Il giudizio della violenza deriva dal luogo, dalle persone e dal modo con cui è fatta in pubblico la proclamazione stessa.

Abbiamo distinti i reati contro la patria da quelli contro il Re, non per *il fine;* perchè inseparabile dovrebbe essere il bene della sovranità da quello della patria; ma per la diversa *obbiettività giuridica;* perchè è la *vita,* l'esistenza comune nella persona collettiva la patria, che è attaccata nell'un caso, nell'altro è la forma o costituzione inscindibile dalla sostanza, ma pur sempre *forma.* — È necessario, specialmente in una nazione sorta sulle ruine del dispotismo, che l'alto concetto della patria si confermi anche con legge positiva, senza che perda prestigio il re, la cui inviolabilità è *parimenti* tutelata.

Per quanto riguarda le offese alla sovranità, relative al re ed alla Camera, noi pensiamo che in analogia agli

oltraggi privati, in cui si esige la querela di parte, abbiasi anche in questo caso ad invocare l'autorizzazione del Consiglio della Corona (M. Gr. e Giust.) o dell'Assemblea legislativa per procedere penalmente.

543. *Diritto romano.* Nel diritto romano la maggior parte di questi reati si comprende sotto il titolo di « *crimen maiestatis* ». In origine era in uso il nome di « *crimen perduellionis* » che andò poco a poco cedendo terreno al nuovo (cfr. ZACHARIAE, *Sulla,* vol. 2. REIN, *Privatrecht,* pag. 40): nuove e belle osservazioni ha il VOIGT (*Zwölf Tafeln,* II, 782 sq.)

Il concetto di *maiestas* dello Stato, e per conseguenza di *crimen maiestatis,* era molto ampio e indeterminato. Noi possiamo però classificarne il contenuto press'a poco così:

1.° Reati, per cui viene offesa l'esistenza o l'integrità dello Stato o (più tardi) del Principe;

2.° Reati, per cui s'offende l'onore e la dignità dello Stato o (più tardi) del Principe;

3.° Reati contro i singoli diritti politici dello Stato, per cui viene offesa la sua sicurezza o la sua autorità.

Le leggi principali, che in Roma furono promulgate contro questi reati, sono la *lex Cornelia* e la *lex Iulia* (di CESARE). Quest'ultima rimase a fondamento di tutta la successiva legislazione e giurisprudenza, e da lei s'intitolano ancora i relativi titoli del Digesto e del Codice.

Sotto questo nome si comprendevano gli atti più eterogenei, p. es. viltà in guerra, fabbrica di monete false, ingiurie al Capo dello Stato, ricetto dato a' pirati (CICERONE *in Verrem*) e perfino l'intercessione pei cospiratori.

L'antico nome di *perduellio* si trova ancora applicato talora ai casi più gravi, nei quali appare specialmente l'*hostilis animus* contro lo Stato o il reggente. È reo di

perduellio p. es. colui, che procura di danneggiare lo Stato mediante secrete trattative col nemico, non invece quel comandante di fortezza, che per timore s'arrende. La pena nei casi di *perduellio* era la morte colla confisca del patrimonio e la *damnatio memoriæ* (agl' imperatori che in vita non potevano essere giudicati, era quest' ultima la sola pena applicabile, e toccò p. es. a Nerone, Domiziano, Commodo, Elagabalo, Galliéno, ecc.) Pena di morte e confisca del patrimonio toccava anche ai rei di maestà, fuori di questi casi: non però la *damnatio memoriæ*. Anzi talvolta non si applicava che la *deportatio* o ben anco la semplice *relegatio*.

La più crudele legge in proposito è la tristamente famosa costituzione di Arcadio « Quisquis » (Cod. 9, 8, 5), ove la pena è estesa ai complici, agl'intercessori e perfino alla discendenza dei colpevoli, ai quali come atto di somma clemenza si concede la vita.

CAPITOLO TERZO.

REATI CONTRO LA LIBERTÀ MODERATA DALLO STATUTO.

BIBLIOGRAFIA.

(Accenniamo qui per maggiore comodità tutta la bibliografia relativa ai reati religiosi).

WAHLBERG, *Die Religionsverbrechen in dem deutschen Strafgesetzbuch* (I reati religiosi nel codice penale tedesco). 1861. — WASER, *Die Religionstörung* (La perturbazione del culto). 1853. — BÖHMER, *De variis sacrilegii speciebus*. 1724-1727. — VAN UREDENBURCH, *De sacrilegio*. 1833. — TITTMANN, *Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit* (Contributo alla dottrina dei reati contro la libertà).

1806. — LOEUW, *De præceptis iuris romani circa crimen uis.* 1821. — DE MADAI, *Commentarius iuris romani de ui publica et priuata.* 1832. — PETERMANN, *Commentarius de præceptis iuris romani circa crimen uis.* 1832. — JOHN, *An et quatenus crimen uis Romanorum hodierno iure sit recipiendum.* 1853. — MÜLLER, *Commentarius de plagio.* 1843. — MERKLIN, *De plagio militari.* — BEYER, *De violatione securitatis domesticæ.* 1709. — STRUUIUS, *De pace domestica.* 1713. — BECHTOLDT, *De crimine fractæ pacis domesticæ.* 1724. — WALCK, *De pace domesticæ.* 1772–78. — RINKES, *De ambitu.* 1854. — ROO, *Ad legem Juliam de ambitu.* — TELTING, *De ambitu.* 1854. — DRENKMAMM in GOLTDAMMER'S *Archiv*, XVII, 168. — MITTERMAIER, *Ueber die Bestrafung der bei Wahlen verübten Vergehen* (Sulla punizione de' reati elettorali) nell'Arch. f. Crim. 1849.

ARGOMENTO.

544. Concetto dei *reati contro lo Statuto.* — 545. Enumerazione di questi. — 546. Reati contro la *libertà di coscienza:* concetto diverso di questi secondo il principio dominante nello Stato. — 547. Secondo l'attuale dottrina. — 548. L'offesa alla religione come *circostanza aggravante.* — 549. L'offesa alla religione come *contravvenzione di polizia.* — 550. Il *proselitismo* anticattolico può considerarsi reato? — 551. Concetto dei reati contro la religione secondo il vario organamento politico. — 552. Dottrina razionale. — 553. Enumerazione dei *reati contro la libertà politica.* — 554. Contro la libertà individuale. — 555. Violazione di domicilio. — 556. Contro l'esercizio dei diritti elettorali. — 557. Modalità e sussidii per la piena nozione di questi reati. — 558. Ultima avvertenza sulla specificazione dei *reati contro la libertà.* — 559. Diritto Romano.

544. Nella prima classe dei reati così detti politici si hanno pure di mira *le offese allo Statuto;* ma ciò sulle generali trattando dell'organamento statutario, lo che potrebbe dirsi di ogni disposizione legislativa, la quale trova il suo germe nella carta fondamentale; qui invece consi-

deriamo la *specialità delle libertà*, che, garantite dallo Statuto, ricevono nel Codice penale una singolare tutela.

545. Queste sono 1.° la *libertà di coscienza* o *di culto*, 2.° la *libertà politica;* la libertà individuale di domicilio e l'esercizio dei diritti politici.

546. § 1. Reati contro la libertà di coscienza. — È bene qui avvertire all'essenziale differenza fra le norme attuali e le vecchie disposizioni dei Codici. Queste si riferivano a reati *contro la religione*, epperò delitto era la lesa maestà divina donde l'*eresia*, l'*apostasia*, lo *scisma*, *magia*, *stregoneria*, e *sortilegio*, *simonia*, *violata clausura*, *simulazione di sacerdozio*, *proselitismo*, *sacrilegio in genere*, *violato sepolcro*, *bestemmia*, ecc., ecc.

Oggi lo Stato non presta il *braccio secolare* ad una speciale professione religiosa; ma tutte le protegge come *naturale espressione della coscienza dei cittadini.*

547. Dietro questo indirizzo si considerano come reato: 1.° le pubbliche contumelie contro i culti ammessi dallo Stato; 2.° tutte le violenze, minaccie o invettive contro funzioni o cerimonie religiose; 3.° il danno e violenza ad oggetti di culto od ai ministri nell'esercizio delle loro funzioni. Tutto ciò *allo scopo di offendere uno dei culti legittimamente professati nello Stato* (obbiettività giuridica di questi reati).

548. Tutti gli altri delitti, di cui sopra è parola (546), potrebbero costituire *circostanza aggravante* nel loro genere, cadendo sotto altra categoria, sia contro *la libertà di domicilio* come nel *caso di violato claustro*, sia contro la *giustizia*, come nello *spergiuro*, sia contro la *persona* e la *proprietà*, come nel *sacrilegio*, costituendo circostanza aggravante il fatto della violazione del sentimento religioso pubblicamente riconosciuto.

Potrebbe anche costituire circostanza aggravante il *carattere sacerdotale* sia dell'*agente*, che del soggetto *passivo* del reato; dappoichè, data anche l'assoluta separazione della Chiesa dallo Stato, non può il legislatore fare astrazione da un fatto, che tanto influisce sulla pubblica moralità.

549. Altri delitti enunciati nel vecchio sistema sotto questa categoria come la *magia*, la *simulazione di sacerdozio* e la *bestemmia*, ponno comprendersi sotto il concetto ampio di *oltraggio al culto*, o cadere sotto il titolo della *frode* o *stupro* (come chi si infinge sacerdote per sorprendere *dolosamente*); in genere però appartengono alla polizia, perocchè offendendo la pubblica moralità, non recano un reale turbamento all'ordine giuridico.

550. Sorge quistione relativamente al *proselitismo* o alla *propagazione* di *empii dogmi*.

Non è dubbio che, in un governo che segua l'antico sistema, la persecuzione di questo fatto come delitto è una necessaria conseguenza della sua pubblica costituzione; epperò questa disposizione la troviamo pure nel nostro Codice toscano all'art. 137.

In uno Stato invece, in cui si ammette la pari condizione dei culti, questo delitto non può sussistere, se non quando abbia il carattere di *violenza*, epperciò si aggiunge l'epiteto *forzato*.

Nè vale il dire che la religione cattolica è la sola vera, le altre tutte false; perchè ritenuto pure il principio alla coscienza individuale, non è lo Stato che deve imporsi colla sua forza all'esecuzione di quelle dottrine, la cui proclamazione è abbandonata alla spontaneità individuale, secondo il precetto di S. Pietro « *Regite Ecclesiam Dei non coacte, sed spontanee* ».

551. Nella breve escursione seguita è facile il vedere;

come specialmente in questa parte il diritto penale andò soggetto a grave mutamento secondo i principii dominanti, che si potrebbero ridurre a tre capi: 1.° principio *teocratico*, 2.° *politico*, 3.° *giuridico*, in cui io credo si trovi il concetto veramente scientifico.

È questa la meta, a cui oggi si tende. Dobbiamo però avvertire: che specialmente nei paesi protestanti, dove la religione è un elemento politico dello Stato (questa frase usa a un dipresso SEYMOUR F. HARRIS, ne' suoi *Principles of Criminal Law*, p. 72) s'incontri maggiore difficoltà ad abolire il vecchio reato di religione, come è facile vedere nell'attuale Codice di Germania. I recenti penalisti tedeschi, p. es. il WAHLBERG (*Manuale Holtzendorff*, 3, 265), difendono questa *nuova norma* dalla taccia di anticristiana e sostengono che non s'ha per nulla l'intenzione di sottrarsi ai « divini raggi del vero cristianesimo ».

552. Per noi un atto irreligioso non è per sè una *lesione di diritto;* sì bene una lesione di doveri verso la Divinità, la cui sanzione è nella coscienza.

La lesione di diritto avviene, quando si impedisce con atti esteriori e violentemente quella libertà, che è data dalla natura e confermata dallo Statuto di manifestare con fatti esterni la propria fede; ecco il perchè abbiamo posti questi reati sotto il titolo *contro la libertà di coscienza.*

Solo in questo caso abbiamo un atto anti-giuridico, mentre in tutti gli altri casi, in cui è offesa la religione, abbiamo un atto semplicemente peccaminoso, che potrà essere impedito dallo Stato con pene preventive per ragione morali o di polizia, non potrà essere mai represso con pene criminali.

553. § 2.° REATI CONTRO LA LIBERTÀ POLITICA = Questi si specificano sotto il titolo di *reati contro l'esercizio dei*

diritti politici, quali sarebbero *la libertà individuale, la inviolabilità di domicilio, l'esercizio dei diritti elettorali.*

554. La *libertà individuale,* a noi garantita dallo Statuto, può essere offesa sia da pubblico ufficiale, sia da un privato.

La legge deve prevenire il primo caso, avvertendo che vi ha reato = allorchè taluno fuori dei casi contemplati dalla legge arresta, ritiene, sequestra o altrimenti impedisce nella sua libertà una persona =, designando come circostanza aggravante la qualifica di pubblico ufficiale o l'assunzione di falsa divisa o di falso ordine dell'autorità.

Si potrebbero specificare altri casi di offesa alla libertà individuale; ma parmi che questi, come il rapimento per fine diverso di libidine e matrimonio, e la violenza per estorcere qualche cosa, ponno cadere sotto altro titolo: *reati contro l'integrità personale.*

Qui dunque crediamo che si debba solo accennare al sommo genere.

555. Altrettanto si dica rispetto alla *violazione di domicilio.* Basti qui avvertire soltanto = al fatto di colui, che senza legittimo motivo e contro il divieto di chi vi dimora, o clandestinamente e insidiosamente per via diversa dall'ordinario ingresso, si introduce o si trattiene nell'abitazione altrui o nelle sue dipendenze. =

556. Maggiore specificazione importa la *distinzione dei reati contro l'esercizio dei diritti elettorali* o di *ogni altro diritto politico.*

557. Qui importa: 1.° distinguere le *modalità dell'atto,* se cioè si tratta di sottrazione o alterazioni di liste elettorali, di schede o bollettini, o d'ogni altra falsificazione del voto; 2.° la qualifica della persona, se appartenente all'ufficio elettorale o semplicemente elettore; 3.° il *luogo* ed il *tempo,* se cioè la violenza e alterazione del

voto od anche la semplice seduzione sia avvenuta durante le funzioni elettorali o fuori di queste, con male arti, promesse o minaccie, ritenendo in tal caso come circostanza aggravante la qualifica di ministro del Culto, quando siasi questi adoperato a vincolare i suffragi degli elettori con *istruzioni dirette alle persone* gerarchicamente dipendenti e con discorsi in luoghi riservati al Culto.

Il Codice penale prende di mira le principali offese al diritto elettorale, le quali arrecano una reale infrazione dell'ordine giuridico, rendendo nullo o falsando il diritto stesso; ma non può nè deve certo tener calcolo di quelle lievi offese, che turbano soltanto l'ordinamento temporaneo amministrativo. Queste secondo la loro natura devono essere oggetto della legge speciale elettorale (V. la legge italiana 22 gennajo 1882, art. 90-181) e passibili soltanto di pene di polizia.

558. Chiudiamo questo capitolo con un'avvertenza sulla difficoltà di ben distinguere questa classe di reati; dacchè, come avviene nel nostro Progetto, cadono essi sotto il titolo *contro la libertà,* che potrebbe riferirsi a qualunque atto delittuoso. Abbiamo perciò posto il limite « *moderato dallo Statuto* ».

559. *Diritto romano.* Nell'antico diritto romano la religione appare anzitutto « un elemento politico ». Tant'è vero questo che l'arte augurale, questo sistema d'impostura legale, riconosciuta da tutti come priva di verità e fondamento, veniva mantenuta, per gl'importanti servigi, che poteva rendere in politica (Mommsen, *Staatsrecht,* vol. 1, cap. 1). Non è quindi da fare le maraviglie, se troviamo confusi affatto, per usare una frase odierna, Stato e Chiesa, e se i reati di carattere religioso erano considerati come reati contro la costituzione politica dello Stato stesso. La *lex Iulia de peculatu et de sacrilegio* (48, 13 . D.) ne

è prova evidente: « lege Iulia peculatus cauetur, dice Ulpiano, ne quis ex pecunia *sacra religiosa pubblicaue* auferat neue intercipiat uel in rem suam uertat » (D. 48, 13, 1 pr.). E d'altra parte lo stesso Ulpiano (D. 48, 4, 1 pr.) « proximum *sacrilegio* crimen est quod *maiestatis* dicitur ». È anzi da cercarsi in questo concetto la ragione delle persecuzioni contro il cristianesimo: gli altri culti potevano reggere accanto alla religione dello Stato e venivano tollerati o anco incorporati in essa; ma il cristianesimo è esclusivo e mira ad estendersi e ad abbracciare l'intera umanità; come tale doveva parere un vero delitto contro i Numi di Roma (cfr. SCHMIDT, *Die Anfänge des Christenthums in der Stadt Roms*, Erlangen 1879). Insistiamo su quest'idea perchè ci sembra, che sia andato molto fuori di strada nello spiegare l'origine delle persecuzioni il DELAUNAY nel suo pregevole lavoro « *L'église chrétienne devant la législation romaine* ». Il concetto da noi esposto risulta benissimo anche dalle relazioni dei processi (*Acta martyrum*, la cui autenticità e veridicità fu ora splendidamente provata dal LE-BLANT, *Révue historique*, III, 463 sq., e dal VOIGT, *Bursian's Berichte*, XIX, 625 sq.) e dall'*Apologeticon* di TERTULLIANO.

Divenuto il cristianesimo religione ufficiale, gli imperatori non mancarono di valersene anche a scopo politico. Che durasse l'antica tendenza lo prova la lettura del titolo « De crimine sacrilegii » nel Codice di Giustiniano (9, 29). Bene pertanto avverte il prof. PESSINA che « gli avversarii della fede cristiana (anzi cattolica) furono considerati nemici dello Stato » (*Elementi*, 2, 340). L'apostasia era punita colla confisca (C. I. 1, 7, 1): talora coll'esiglio (ibid. 1, 6); la ripetizione del battesimo colla morte (C. I. 1, 6, 2). La confisca era pena ordinaria per l'eresia; si aggiungeva spesso la deportazione; pei Manichei si com-

minava perfino la morte (C. I, 1, 5, 5, 1). La bestemmia si considerava come reato di somma offesa allo Stato, non tanto per la perturbazione del sentimento religioso, quanto per le orribili sciagure, che esso provoca alla patria: «διὰ γὰρ τὰ τοιαῦτα πλημμελήματα καὶ λιμοὶ καὶ σεισμοὶ καὶ λοιμοὶ γίνονται» (Novel. 77, ediz. Zachariä, 28, 1, 1: vol. 1, p. 185) — e pertanto era punita colla morte. Altri reati di questo genere erano la *magia* e il *sortilegio*, il *violato claustro*, ecc. Invece altri delitti contro la religione erano puniti più per l'offesa alla Divinità, che per la conseguente perturbazione politica.

V'hanno pure alcuni reati, in cui pare si rasenti il concetto di violazione della libertà di coscienza. Si punisce di morte colui, che costringe un cristiano « inui tum » ad apostatare (C. I. 1, 7, 4, 3: alla *coactio* è però parificata la *plectenda suasio*); si vieta sotto grave pena ai Giudei di mischiare alle loro cerimonie insulti e scherni contro la fede cristiana, come solevano fare (C. I. 1, 9, 11) o di impedire altrimenti l'esercizio pacifico di essa (C. I. 1, 9, 14, 1); sotto pena di morte era loro vietato di circoncidere un servo cristiano (C. I. 1, 10, 1); e parimenti era sotto rigorosa pena interdetto ai cristiani di disturbare il culto giudaico, di offendere le sinagoghe, ecc. (C. I. 1, 9, 14 pr.).

I reati che noi chiamiamo « contro la libertà individuale » vengono assunti dai Romani sotto la categoria di « crimen uis » o di « crimen maiestatis » (cfr. CICERONE *in Verrem*). Rei di lesa maestà venivano considerati non solo quei magistrati che irrogavano ai cittadini pene corporali, dalle quali, almeno sotto la repubblica, essi erano esenti; ma anche i privati, che avessero osato incarcerare di proprio arbitrio cittadini, ecc. (C. 9, 5, 1, 2). Il divieto di tali carceri private rinnovò GIUSTINIANO comminando la pena del taglione (*ibid.* const. 2, Bas. 60, 55, 2).

L'inviolabilità del domicilio era ben nota ai Romani. La violazione era considerata « iniuria » e come tale punita dalla *lex Cornelia* che ne fece un *crimen publicum* (D. 47, 10, 5 pr.). I giuristi interpretarono molto latamente il testo di essa legge, estendendo assai il concetto di domicilio.

Ben più importante è la legislazione relativa agl'impedimenti all'esercizio del diritto elettorale e specialmente all'ambito. Sotto la repubblica questo delitto era all'ordine del giorno (cfr. GENTILE, *Il broglio elettorale a' tempi della repubblica romana)*; le leggi repressive si succedevano l'una all'altra collo stesso effetto delle gride spagnuole contro i bravi. Abbiamo fra le altre una *lex Tullia* proposta da CICERONE nel suo consolato e famosa per l'*oratio pro Murena:* una *lex Licinia,* una *lex Pompeia* e una *lex Iulia.* Sotto l'impero l'ambitus non potè aver luogo che in senso improprio per le brighe a de' posti nelle provincie (C. 9, 26, 1). La pena nella *lex Tullia* era: 1.° perdita della carica malamente acquisita; 2.° esiglio.

Al crimen ambitus si associava naturalmente quello *de sodaliciis:* era tutto un sistema organizzato militarmente, per reprimere la libertà politica a favore di una fazione (cfr. MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis*).

CAPITOLO QUARTO.

REATI CONTRO LA PUBBLICA GIUSTIZIA.

BIBLIOGRAFIA.

WOLTERMANN, *De nequitia aduocatorum*. 1712. — KISTNER, *De praeuaricationis crimine*. — LEYSER, *De iure veteri adversus receptatores constituto*. 1734 (è lo *Specimen* DL delle *Meditationes ad Pandectas*). — PUTTMANN, *De receptatoribus*. 1778. — SANDER, *Lehre der Begünstigung* (Teoria del favoreggiamento) nell'*Archiv für Criminalr.* Neue v. 1838. — PLATNER, *Ueber das crimen receptatorum* (Sul *crimen*, ecc.) nell'*Archiv*. Neue v. 1848.

ARGOMENTO.

560. Concetto dei *reati contro la giustizia*. — 561. Enumerazione. — 562. Esclusione. — 563. *Del rifiuto di uffici legalmente dovuti*. — 564. Persone diverse, che concorrono a questo reato. — 565. *Simulazione di reati*. — 566. Simulazione a carico del denunciante. — 567. Simulazione a favore di intimi parenti. — 568. *Calunnia*. — 569. Oggetto specifico di questo reato. — 570. Requisiti — 571. Calunnia *per retorsionem*. — 572. Effetto del pentimento. — 573. Applicazione della pena del talione. — 574. *Falsa testimonianza*. — 575. Concetto dello *spergiuro*. — 576. Elemento necessario della falsa testimonianza. — 577. *Reticenza*. — 578. Della falsa testimonianza a favore di intimi parenti. — 579. Della *ritrattazione*. — 580. *Subordinazione* di testimoni. — 581. *Favoreggiamento*. — 582. Eccezione razionale. — 583. *Ommesso referto di reato*. — 584. *Evasione dalle carceri*. — 585. Esercizio arbitrario delle proprie ragioni. — 586. Duello. — 587. Diritto Romano.

560. All'ordinamento politico-statutario, che costi-

tuisce la vita dello Stato segue l'*organismo della giustizia*, a cui è affidata l'attuazione del diritto.

In questo concetto però troppo lato di giustizia si potrebbero comprendere anche tutti i *reati contro la pubblica amministrazione*, come fece infatti il nostro CARRARA nel volume V del suo *Programma speciale*.

Penso invece che, secondo l'*obbiettività giuridica*, si debba limitare il calcolo all'istante della consumazione; e quindi riconoscere reati contro la giustizia = quelli, che turbano l'*esercizio* della giustizia stessa, sia rifiutando l'opera di questa, sia attraversandone in qualche modo il corso =.

561. Seguendo l'ordine comune ai codici, potremmo distinguere questi reati nei seguenti casi: 1.° rifiuto di ufficii legalmente dovuti; 2.° simulazione di reato; 3.° calunnia; 4.° falsa testimonianza; 5.° favoreggiamento di reati o di delinquenti; 6.° evasione di carcerati.

L'attuale progetto invece sostituisce al *favoreggiamento* la *prevaricazione;* ma a torto.

562. Il favoreggiamento, togliendo le traccie del reato, *direttamente* attraversa la giustizia nel suo processo; mentre la prevaricazione, come pure altri atti delittuosi; l'*abuso di autorità*, la *concussione*, la *corruzione*, se turbano la giustizia, considerati in più ampio orizzonte, offendono il pubblico ordinamento, anzichè l'attuazione della giustizia, e quindi noi li subordiniamo ai *reati contro la pubblica amministrazione*.

Fummo incerti relativamente ad altri due reati, l'*esercizio arbitrario delle proprie ragioni* ed il *duello;* nè il dubbio è pienamente risolto, perchè se il primo procede ordinariamente dall'intenzione di farsi giustizia, si risolve poi sempre in un atto di privata violenza contro la *pubblica tranquillità*, ed il secondo offende l'*integrità per-*

sonale. Oggi però incliniamo a porli sotto questa categoria (N. 7.° e 8.°), per i motivi, che alla loro sede esporremo.

Ciò preposto sul criterio e la classificazione di questi reati, procediamo all'esame particolare dei casi sopra indicati.

563. § 1. Del rifiuto di uffici legalmente dovuti. — In uno Stato civile l'esercizio della giustizia, come è un diritto, così è un dovere di tutti i cittadini; quelli perciò, che nelle *forme legali* sono invitati a prestare un ufficio per legge e vi si rifiutano, senza legittimo impedimento, oppure allegando qualche falsa circostanza, turbano gravemente la pubblica coscienza e sono passibili di pena.

564. In questo reato sono a considerarsi le *diverse persone* obbligate per legge all'esercizio della giustizia; perchè la responsabilità è relativa all'importanza dell'ufficio.

Per tal modo sotto la formola generale: *chiunque legalmente obbligato a prestare ufficio alla giustizia,* si suppongono le seguenti distinzioni: 1.° magistrati, pubblico ministero, impiegati giudiziarii ed anche amministrativi, ed agenti della pubblica forza, quali membri della polizia giudiziaria; 2.° giurati; 3.° testimonii o periti; 4.° qualunque cittadino, che esercitando pubblicamente un'arte o professione, si rifiuta di prestare la sua opera o il suo giudizio in verificazioni concernenti la giustizia. — Al giusto criterio di questi reati sovvengono altre leggi, come il *Codice di procedura*, l'*ordinamento giudiziario* e la *legge sui giurati*.

565. § 2. Simulazione di reati. — La giustizia può essere offesa non solo con un fatto negativo, ma ancora con un fatto positivo, che attraversi in qualche modo il suo corso regolare, sia provocandola, ove non esista titolo, sia deviandola, quando è regolarmente promossa l'azione.

Ciò avviene dapprima, quando taluno abbia denunciato all'autorità giudiziaria un delitto, che non è punto avvenuto, o ne abbia finte le traccie, in modo da obbligare l'autorità ad intraprendere gli atti per il processo.

566. La simulazione di reato può darsi a carico del denunciante stesso, qualora questi si dichiari falsamente autore o complice di un reato, a cui è estraneo. Nè sta in contrario l'aforismo: *nemo contra sedicit, nisi aliquo cogente*. Imperocchè la legge tien già giusto calcolo della violenza, intervenuta nella esecuzione del reato; e nel caso concreto ponno darsi altri moventi, fra cui un turpe mercato.

567. Alcuni vorrebbero l'impunità, quando la dichiarazione di taluno in suo danno fosse diretta a salvare genitori, coniuge o fratelli.

Noi crediamo: che questa possa essere circostanza mitigante, ma non tolga all'atto l'obbiettività giuridica, che lo contraddistingue, cioè l'*intento di ingannare* la giustizia.

568. 3. Calunnia. = Questa voce ha un significato tutto speciale nel diritto penale, poichè non è solo la *falsa imputazione* di un *atto delittuoso* (lo che nel diritto penale cadrebbe sotto il titolo della *diffamazione*); ma la *falsa imputazione o denuncia* fatta avanti l'autorità giudiziaria, o ad un pubblico ufficiale qualunque, a fine di eccitare contro un cittadino un processo penale e farlo condannare ad una pena non meritata =.

569. In questo reato quindi è pure compresa la diffamazione, ma il suo obbiettivo giuridico si è di ingannare la giustizia.

570. Importa anzitutto che siano veramente falsi i fatti denunciati dal calunniatore; imperocchè ove, avendo questi la coscienza di dire il falso, per una mera accidentalità sopravvenuta, si venisse a riconoscere vera

l'imputazione, sussisterebbe in tal caso il peccato per l'elemento intenzionale, ma giuridicamente non vi sarebbe reato per l'*errore di fatto*.

Nei casi supposti da alcuni prammatici di *giusto dolore* o di *passione*, per cui taluno nell'esaltazione dell'animo procede imprudentemente ad una denuncia, mi pare che vi sia solo a considerarsi il *difetto possibile* di vera scienza o di dolo, senza potere *a priori* determinare una circostanza giustificante o mitigante.

571. La calunnia per *retorsionem*, quando si accusa taluno di un delitto, per stornare da sè altra accusa o condanna, è maligna impresa, che non attenua in nessun modo il carattere del reato.

572. Altrimenti è a dirsi del pentimento, quando questo sia *giunto in tempo* prima di qualsiasi atto di procedimento ed abbia dato luogo a spontanea e completa ritrattazione. In tal caso dovrà il denunciante sottostare alle spese del processo ed alla riparazione del danno; ma non dovrà, almeno io credo, rispondere di un'offesa alla giustizia, quando questa offesa non fu *consumata* negli effetti dapprima voluti e quando l'ordine giuridico, se mai lievemente turbato, fu subito ristabilito per opera del turbatore stesso.

573. In questo reato debbesi tenere calcolo dell'*effetto* della calunnia, se abbia cioè o no prodotto condanna; e si deve misurare la pena in relazione alla condanna stessa, per cui abbiamo facilmente l'applicazione di una specie di *taltone*.

574. § 4. Falsa testimonianza. — La testimonianza è uno dei principali fondamenti nel processo civile e penale, epperò fu dessa garantita da speciali sanzioni divine ed umane, donde il reato di falsa testimonianza = in chiunque, invitato a deporre avanti l'autorità giudiziaria,

depone il falso e nega il vero o tace ciò che sa intorno ai fatti, sui quali è specialmente interrogato = e lo *spergiuro* = quando la falsa testimonianza sia stata munita del giuramento =.

575. È facile avvertire: che il giuramento è effetto dell'idea religiosa sovrapposta all'atto civile; epperò lo spergiuro è un atto irreligioso, che dovrebbe essere estraneo al Codice penale.

Vuolsi abolito il giuramento, si proceda dunque all'abolizione del reato di spergiuro; questo offende Dio; l'offesa alla giustizia procede solo dalla *falsa testimonianza*, la quale soltanto può dirsi reato.

Ad ogni modo, finchè il *giuramento* sussiste, questa circostanza occorre come aggravante nel Codice penale.

576. Consiste questo reato in una *deposizione giudiziaria:* perocchè se avviene in iscritto, abbiamo il *falso in documento,* che è reato contro la fede pubblica.

Il giudizio, avanti il quale è fatta la mendace deposizione, può essere civile e penale, e nel secondo caso, siccome maggiore il turbamento sociale, così deve essere maggiore la pena, e questa relativa all'importanza del processo.

577. Nella falsa testimonianza si comprende anche la *reticenza* o il silenzio intorno ai fatti sui quali è interrogato il testimonio. Fra i testimoni in genere si debbono ritenere anche i periti.

578. La falsa testimonianza fatta a favore del conjuge di ascendenti o discendenti sarà impunita?

Così pensa taluno, invocando rapporti naturali superiori ai rapporti sociali.

Io non sono di questo avviso; perchè avanti a qualunque vincolo di sangue, sta il dovere di dire la verità: sarà al più circostanza mitigante.

579. Si fa pure questione: se la *ritrattazione* possa giovare ad ottenere l'impunità?

Non dubito rispondere affermativamente, quando la ritrattazione stessa sia giunta in tempo utile alla giustizia e la testimonianza non abbia prodotto il suo effetto naturale, poichè in tal caso il reato non sarebbe pienamente consumato, l'obbiettiva giuridica non sarebbe perfetta *ad summum;* perchè non è seguita la volontà dell'agente all'ultimo punto, e da questo si è ritratta spontaneamente.

580. Sotto questo titolo cade pure la *subordinazione di testimonii,* la quale va distinta dal comando, dal mandato e dalla istigazione a delinquere; e, più che reato per sè stante, è titolo di *complicità.*

581. § 5. FAVOREGGIAMENTO. — Trattando della complicità abbiamo parlato di questo reato distinto, che tien dietro alla consumazione di altro reato e cerca deludere la giustizia e togliere le vestigia del reato stesso. I *fautori* quindi si distinguono dai complici, perciò che la loro azione tien dietro, mentre quella dei complici concorre all'effettuazione del reato.

L'essenzialità di questo reato consiste nel fuorviamento della giustizia, epperò esso esiste, secondo CARRARA, quando pure venisse assolto il reo, a cui favore si è prestato il fautore (*favoreggiamento ed occultazione dei rei,* CARRARA, pag. 401 dell'op. *Reminiscenze di Cattedra e Foro).* Dubiterei: perchè coll'assoluzione manca l'*obbiettività del reato.*

582. Ammettiamo l'impunità, quando il favoreggiamento siasi prestato per proteggere persone, di cui sopra (568); nè crediamo di peccare di contraddizione; imperocchè nel primo caso era *naturalmente determinato* il dovere di dire la verità (il *dovere di mentire* non è possibile!), nel secondo caso invece trovansi in lotta due do-

veri, quello poniamo di soccorrere il genitore e di rispettare la giustizia sociale, e non è la società, che deve decidere a suo favore.

583. Subordinato a questo titolo si può ritenere anche l'*ommesso referto* di *reato* da parte del medico, del chirurgo, della levatrice, che, avendo prestata l'assistenza a casi che presentano caratteri di reato, non abbiano fatto la relativa denuncia.

584. § 6. Evasione dalle carceri. — L'uscire dal carcere, quando sia possibile senza violenza, non suolsi considerare reato; perchè sarebbe pretendere in omaggio eroico all'umana giustizia. Ciò che si esige è che il fuggente non faccia violenza, epperò vi sarà evasione o effrazione di carcere, = quando taluno essendo legalmente in arresto evadesse, opponendosi in via di fatto alle persone o mediante rottura, scalamento, chiavi false =.

Devesi prima notare la differenza di pena in relazione al carcere e ai mezzi dell'evasione.

Così importa tener calcolo dello *spontaneo ritorno dell' evaso;* dappoichè vi ha ragione a credere: che anche qui non siasi consumata l'azione criminosa e quindi l'evaso non debba andare soggetto a pena.

In questo reato relativamente al suo titolo, *offesa alla giustizia,* abbiamo un'eccezione, che cioè quelli, che materialmente appaiono *complici,* come gli incaricati della custodia delle carceri, gli agenti della forza pubblica, ecc., realmente siano gli *autori principali;* epperò sopra di loro debba cadere una pena più grave che sopra l'evaso. Uopo però è ben distinguere se il *concorso* di queste persone sia stato positivo o negativo, doloso o colposo.

585. § 7. Esercizio arbitrario delle proprie ragioni. — In una società organata a giustizia, non è lecito esercitare violenza, per far valere un proprio diritto; è questa

un'usurpazione di pubbliche funzioni spettanti alla magistratura; epperò giustamente il Codice penale previene questo caso, avvertendo ai seguenti requisiti: 1.° che il diritto sia *controverso,* imperocchè nel caso di vana pretesa la violenza, sia materiale che morale, cadrebbe sotto il *titolo generico dei reati contro la libertà o integrità personale;* 2.° che, *data la prova della verità* del diritto controverso, la pena sia diminuita; imperocchè, quantunque *l'indole giuridica di questo reato sia,* come dice rettamente la Relazione Zanardelli a pag. XLVIII, *lo sprezzo della giustizia* (ragione appunto, per cui subordiniamo a questo titolo il reato *della ragione illecitamente fattasi*); pure l'equità suggerisce di usare maggiore indulgenza verso chi difende, sia pure arbitrariamente, un diritto *realmente* sussistente.

Affine assai a questo reato è pure *la violazione di sigilli o la sottrazione dal luogo di pubblico deposito di oggetti dalla pubblica autorità assicurati o sottoposti a sequestro giudiziario,* per mantenerne la conservazione.

Sono circostanze aggravanti, la natura dell'oggetto, se si riferisce a processo penale o civile, e la qualità della persona, se il delinquente è *custode giudiziario.*

586. § 8. Duello. — Quando si voglia stabilire, come abbiamo fatto noi, un titolo speciale dei reati contro la pubblica giustizia, astraendolo per la dignità dell'oggetto offeso dal titolo generico *reati contro la pubblica amministrazione,* non dubitiamo doversi all'offesa alla giustizia subordinare anche il duello; imperocchè, come altrove abbiamo dimostrato (*La libertà di stampa moderata dalla legge*), anche in questo reato, secondo l'origine storica del *singolare certame,* lo scopo, che si propone il delinquente, è direttamente quello di farsi giustizia da sè; e per tale rapporto soltanto il duello stesso presenta una

obbiettività giuridica a sè speciale e rende ragione delle pene non esorbitanti da un lato e dall'altro delle pene stesse applicate, quando pure non procedano effetti dannosi alla vita ed all'integrità personale dei duellanti e limitatamente a questi effetti vi sieno soltanto *atti preparatorii,* come sarebbe nella *sfida* e nella *provocazione.*

In questo reato, per le ragioni esposte nella citata opera, bisogna pure aver riguardo nell'equa applicazione della pena ai *pregiudizii,* che tuttora si *impongono* specialmente ad alcune classi di persone. Ciò quando *leale* sia il combattimento; che se non vi ha l'intento di difendersi da un'ingiuria, ed appare lo scopo di carpire denaro o altro vantaggio, il duello assume il carattere di ricatto, e come tale va gravemente punito.

Saremmo anche d'avviso, che per potersi applicare le norme privilegiate del duello, in confronto alle altre lesioni corporali, sia bene obbligare i duellanti a sottoporre la quistione ad un *giurì d'onore.*

Questo fatto, mentre caratterizza veramente il duello, è il modo più facile ed ordinario per prevenirlo.

In questo reato bisogna aver riguardo alla varia *partecipazione (sfidante, sfidato, portatori di sfida, padrini o secondi, dileggiatori per rifiuto di duello,* ecc.), *alle circostanze del fatto* (*condizione* del combattimento, *osservanza* o meno di queste, *armi adoperate, frode,* ecc., ed *effetti prodotti, omicidio o ferite*), nonchè secondo alcuni *alla causa* del combattimento stesso.

Ciò che *praticamente* importa notare: è l'obbligo nel P. M. di procedere per questo reato di *azione pubblica senza eccezione di persone;* perchè la noncuranza confermerebbe il pregiudizio della legittimità di questo atto brutale, che si sostituisce al giudizio competente dei tribunali.

587. *Diritto romano. a) Diniego di giustizia.* Questo

reato era ben noto ai Romani; ma la sua punizione fu più determinata e sicura sotto l'impero, che non sotto la repubblica, quando i magistrati avevano sì grande potenza. Esso poteva assumere talora la figura di *concussione*, talora di *crimen maiestatis*. Esso poteva anche essere punito col talione in virtù dell'Editto pretorio (Dig. 2, 2, 1, 1 cfr. 3, 5): al giudice cioè, che avesse in un caso determinato negato giustizia, nelle stesse condizioni sarebbe pur stata negata.

b) *Simulazione di reato*. Questo reato cadeva sotto la rubrica generale « *crimen falsi* » punito dalla *lex Cornelia*. Pare inoltre che chi avesse simulato d'essere reo d'un delitto venisse come tale punito, ancorchè constasse il contrario, *purchè il delitto avesse avuto luogo*. Questo risulta specialmente da Dig. 42, 2, 4: « si is, cum quo lege Aquilia agitur, confessus est seruum occidisse, *licet non occiderit*, si tamen occisus sit homo, *ex confesso tenetur* ». È naturale che la pena contro il simulatore non escludesse quella del vero delinquente.

c) *Calunnia*. Sotto la repubblica si emanò contro questo delitto, che si distinse dal concetto generico di « falsum » una *lex Remmia*, di cui la precipua conseguenza era *l'infamia* designata da un C o K (alunniator) stampato sulla fronte del reo (Dig. 48, 16, 3. ib. fr. 1 C. 9, 46, 10 - 9, 2, 17). Più tardi cadde la pena della *lex Remmia*, restando però l'infamia: la pena era *talione*, se il *crimen* falsamente apposto era un *crimen legitimum*, altrimenti una pena arbitraria. Alla calunnia erano affini la *prævaricatio* e la *tergiversatio*: reati che nell'odierna procedura non sono possibili (cfr. WÄCHTER, *Vorlesungen*, pag. 500). Contro chi avesse ricevuto denaro per calunniare il Pretore dava entro l'anno l'azione in quadruplo (D. 3, 6, 1 pr.). In alcuni casi non si puniva la calunnia:

quando cioè uno per vendicare la morte di suo padre, di suo figlio, di chi lo lasciò erede, accusa come autore di essa una persona senza il necessario fondamento. È forse un'ultima e inconscia traccia dell'antica *vendetta*, che la famiglia dell'ucciso era tenuta a compiere per lui.

d) *Falso testimonio.* Le dodici tavole lo condannavano colla *deiectio e saxo tarpeio* (VOIGT, XII T.: II, 814), fu quindi oggetto della *lex Cornelia de falsis* (D. 48, 10, 1 pr.) La pena era secondo i casi esiglio, relegazione, perdita del proprio grado (Paul. S. 5, 15, 5): trattandosi poi di giudizii criminali, la pena era la morte per gli *humiliores*, *deportazione e confisca* per gli *honestiores*. Speciale condizione aggravante era il deporre il falso per denaro. Parificato nella pena era il mandante.

e) *Favoreggiamento.* Possiamo dire che i Romani avessero compreso la natura di questo reato: quella cioè di un reato *sui generis*, che s'oppone al regolare andamento della giustizia (cfr. Cod. 9, 39 e Dig. 47, 16, 1). La vera ragione della pena è: che senza i favoreggiatori « *nemo latere diu potest* » e pertanto essi pongono ostacolo alla giustizia. La pena era di solito la stessa, in cui avrebbe dovuto incorrere il delinquente nascosto: molto diminuita era però nel caso che il favoreggiamento avesse avuto luogo per qualche parente od affine (ib. Dig. fr. 2) — e per vero in questi casi l'intenzione era ben diversa.

f) *Evasione degli arrestati.* Questa era punita con molta severità, cioè:

a) Al reo condannato a meno di 10 anni ai lavori forzati, se fuggiva, si duplicava il tempo che avrebbe dovuto rimanere ancora *in vinculis*.

b) Se la condanna era a più di 10 anni, il reo veniva condannato a vita, oppure messo a scontare la sua pena in *opus metalli* (D. 48, 10, 8, 6, 7).

c) L'innocente che fuggiva dal carcere preventivo perdeva il diritto alla impunità (D. 48, 3, 13. In questo caso pare però che si richiedesse cospirazione degli arrestati e rottura del carcere).

d) La pena delle guardie in caso di fuga degli arrestati era la *morte,* se la cosa fosse avvenuta per loro *dolo* o per *somma negligenza;* altrimenti *pene corporali* e *degradazione* (D. 48, 3, 12).

e) Può essere che un imputato ottenesse di starsi a piede libero, dando fideiussori. Questi si obbligavano a una cospicua somma di denaro nel caso che l'imputato si sottraesse alla giustizia. Dove poi essi avessero agito con dolo, venivano puniti gravemente *extra ordinem* (Digesto 48, 3, 4).

CAPITOLO QUINTO.

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

—

BIBLIOGRAFIA.

Vedi retro *Reati contro lo Statuto.* — In particolare poi Cosentino, *Codice penale Italiano annotato* 1863, pag. 127 e seg. — *Lavori della Commissione* 1876: parte seconda: *processi verbali ed emendamenti* 1878, pag. 38, 86, 101, e *sunto delle osservazioni e pareri*, ecc., ecc., 1877, *passim.*

Torre, *De stupro.* 1592. — Hahn, *De delictis carnis.* 1645. — Struvius, *De Venere illicita.* 1747. — Stübel, *Quatenus actiones, quæ uulgo dicuntur delicta carnis ex principiis iuris publici puniendae sint.* 1803. — Mittermaier, *Bestrafung der Unzuchtsverbrechen* (Punizione de' delitti d'incontinenza). 1835. — Cfr. poi le dissertazioni di Tippelskirch nel *Goltdammer's Archiv,* XII, 733, *v.* Kravel, ib. XVI, 246. — Dalke, XVII, 400.

Vedi poi quanto ai *reati contro la tranquillità pubblica* la bibliografia a proposito del concorso di più persone in un reato. — HELFELD, *De violenta verum nostrarum defensione.* — VAN EYS, *De vindicta privata.*

ARGOMENTO.

588. Rapporto dei reati contro la pubblica amministrazione cogli antecedenti, e concetto *della pubblica amministrazione.* — 589. Enumerazione dei reati contro la pubblica amministrazione. — 590. Reati *contro la religione:* importanza di questo argomento. — 591. Se sia compito dello Stato imporre una coercizione, per l'osservanza dei dogmi cristiani. — 592. Sentenza affermativa rispetto all'Italia. — 593. Risposta a questa sentenza. — 594. La *legge delle guarentigie* di fronte al codice penale. — 595. *Reati contro la pubblica morale.* — 596. Per quale rispetto siano officialmente oggetto del codice penale. — 597. Requisiti per questo reato. — 598. *Stupro.* — 599. *Oltraggio violento al pudore.* — 600. Come provare la violenza. — 601. *Reati contro la tranquillità pubblica;* e come questi appartengono di preferenza al codice di polizia. — 602. Enumerazione di questi reati commessi dai *privati.* — 603. commessi dai *pubblici ufficiali.* — 604. Se la *instigazione a delinquere* (?) — 605. Se l'*associazione di malfattori?* — 606. Norma prudente, per il retto criterio dei reati descritti in questi due paragrafi. — 607. *Resistenza e violenza alla pubblica autorità.* — — 608. Distinzione della *resistenza* dalla *violenza.* — 609. Incontro nello stesso scopo. — 610. Della *disubbidienza* alla pubblica autorità. — 611. Della *giusta resistenza.* — 612. *Ribellione* o *perduellione.* 613. *Prevaricazioni?* — 614. *Peculato.* — 615. Effetti del risarcimento del danno. — 616. *Concussione.* — 617. Avvertenza al diverso interesse propostosi dall'agente. — 618. *Corruzione.* — 619. Circostanza aggravante. — 620. *Abuso di autorità.* — 621. Specificazione di questi abusi. — 622. *Reati contro la sanità.* — 623. Enumerazione. — 624. *Del violato sepolcro* (?) — 625. Reati contro la *fede pubblica, industria* e *commercio.* — 626. Distinzione di questi. — 627. *Falso di monete* e di *carte di pubblico credito.* — 628. *Falsificazione di sigilli, bolli e documenti.* — 629. Conside-

588. Non basta alla tutela dell'ordine giuridico, che sia garantita con sanzione penale la *costituzione politica* dello Stato e che sia reso possibile l'*esercizio della giustizia;* è necessario ancora: che siano rispettati i *rapporti interni,* donde procede l'umore vitale, che vivifica il corpo della società, movendo dai privati cittadini al centro e discendendo da questo fino all'ultimo membro dello Stato (*diritto amministrativo*).

Questa vita assume il distintivo di *pubblica amministrazione* e rappresenta lo sviluppo della civiltà sotto diverso ordine, che risponde alle varie facoltà dell'essere umano.

Dapprima si presenta lo sviluppo *morale,* quindi il *fisico* e da ultimo il benessere *materiale* ed *economico.*

589. Da questa successione d'idee procede pure la varia distinzione dei reati nei codici contro la pubblica amministrazione: 1.° reati contro la religione; 2.° contro la pubblica morale; 3.° contro la sicurezza e tranquillità pubblica; 4.° contro la sanità; 5.° contro la fede pubblica, industria e commercio.

ARTICOLO PRIMO.

REATI CONTRO LA RELIGIONE ?

590. Come si possono dare in uno Stato dei reati contro la religione lo abbiamo altrove dimostrato; qui si

chiede soltanto: se, nelle attuali condizioni del diritto pubblico, si possono in Italia dare reati contro la religione?

La questione è di altissima importanza e noi sentiamo il dovere di affrontarla, benchè trepidante sia l'animo in questo difficile arringo.

591. Non è del carattere della religione cristiana esercitare una violenza qualunque; epperciò non possiamo credere, che questa possa imporre una sanzione coercitiva penale ai proprii dogmi. Resta dunque a sapersi se sia dell'*interesse vitale dello Stato* imporre questa sanzione; imperocchè, se lo Stato ha una ragione naturale di essere (e ciò abbiamo sopra nel *trattato delle teorie* ampiamente dimostrato), quanto affetta necessariamente la sua esistenza può essere oggetto di Codice penale. Così avveniva nelle società teocratiche ed avviene tuttora, dove l'islamismo, l'anglicanesimo, il protestantesimo sono elemento necessario di governo.

Se ciò sia bene, è questione sopra risolta: qui ci limitiamo al fatto.

592. Alcuni, avvisando alle condizioni attuali d'Italia, la quale deve proteggere, secondo la *legge delle guarantigie* (13 maggio 1871), l'*inviolabilità* e l'*indipendenza* del Capo della religione cattolica, non dubitarono conchiudere per l'affermativa, determinando anche quali atti irreligiosi dovrebbero considerarsi come delitti.

593. Parmi però che vi sia equivoco nel punto di partenza.

La legge delle guarantigie non ha creato un nuovo diritto pubblico: essa ha considerato il Pontefice qual sovrano nei rapporti internazionali e quindi altro non fece, che estendere al Pontefice stesso (sia pure con sanzione penale) i *privilegi della Maestà Reale.*

594. Per ciò i reati contro il Pontefice, per la difesa

dei diritti assicurati dalle guarantigie, cadono sotto il *titolo di reati contro lo Stato.*

Tale è la condizione di cose rispetto al diritto penale; altrimenti sarebbe a dirsi rispetto ad un Codice di polizia. Questo deve provvedere alle speciali condizioni create dalla *convivenza* del Pontefice e del Re; epperò deve *prevenire* tutti quegli atti, i quali renderebbero illusoria la dignità assicurata dalla citata legge: di questi atti lo studio è riservato alla *polizia punitiva.*

ARTICOLO SECONDO.

REATI CONTRO LA PUBBLICA MORALE.

595. Si intendono sotto questo titolo gli atti prodotti da appetito carnale, come la *libidine contro natura*, lo *stupro*, l'*adulterio*, il *ratto*, il *concubinato*, l'*oltraggio al pudore*, il *lenocinio*, la *bigamia*, ecc.

596. Quando il diritto penale si prefiggeva lo scopo di vendicare la divinità e di colpire la *pravità intrinseca dell'atto*, tutti questi atti ed altri molti congeneri, doveano essere puniti gravemente; ma dacchè l'*oggettività giuridica* venne a sostituirsi agli altri sistemi, questi atti assunsero importanza diversa, secondo il diritto offeso.

597. Per ciò si stabilisce anzi tutto: che dove una *lesione giuridica* non appaia, per quanto grave sia l'immoralità, non abbia lo Stato il diritto di procedere contro il reo; poichè manca l'un dei due requisiti, per procedere penalmente contro un atto immorale: 1.° la violenza concomitante; 2.° l'oltraggio pubblico o lo scandalo. — Le specie comunemente designate sono lo *stupro* ed *oltraggio al pudore*. (V. *reati contro la famiglia*).

598. § 1. STUPRO. — Questo è prodotto dalla congiunzione carnale senza distinzione di sesso ed esige come necessario elemento la *violenza* sia morale che fisica. Vi sono dei casi però, in cui questa violenza si *presume* ed il legislatore deve *cautamente* prevenire questi casi: 1.° l'impubertà della persona stuprata; 2.° l'imbecillità di mente o di corpo; 3.° il rapporto di ascendente o di tutore sul figlio, sulla figlia o sopra i minori.

599. § 2. Sotto il titolo OLTRAGGIO AL PUDORE, si comprende: — 1.° qualunque altro atto di libidine commesso sopra persone dell'uno o dell'altro sesso senza raggiungere il congiungimento. — È circostanza aggravante il rapporto personale sia per parentela, sia per ragione di professione ed anche per titolo educativo; 2.° qualunque atto osceno, che possa eccitare pubblico scandalo; 3.° qualunque divulgazione oscena per mezzo di stampa, discorsi, canti e disegni sotto qualunque forma esposti al pubblico. — Avvertiamo che in questo ultimo caso si rasenta la contravvenzione; e quindi è necessità procedere con singolare prudenza. 4.° Il lenocinio e l'eccitamento o il favoreggiamento alla corruzione.

600. Come si potrà provare la violenza carnale?

Non vi ha altro mezzo che la *querela di parte;* epperò per questi reati, meno quando vi siano le presunzioni sopra accennate, il Pubblico Ministero non potrà procedere, se non allora che sia stabilita la *pubblicità* dell'oltraggio, o che sia intervenuta la querela di parte; aperta poi l'azione si prosegua senza facoltà di recedere, meno nel caso di *riparazione* per susseguente matrimonio.

Quid della violenza carnale su una meretrice?

L'obbiettività giuridica non muta e la qualifica personale sarà solo circostanza attenuante.

Gli altri atti contro l'ordine morale, siccome offendono

direttamente la famiglia o il matrimonio, su cui basa la famiglia stessa, così verranno più avanti determinati sotto il titolo *reati contro la famiglia*.

ARTICOLO TERZO.

REATI CONTRO LA TRANQUILLITÀ PUBBLICA.

601. Questa classe di reati, come è dei reati contro l'ordine morale, appartiene in gran parte al codice di polizia, per diverso motivo: nei reati contro la morale abbiamo il *peccato*, ma non l'*ingiuria;* qui si avrebbe l'*ingiuria* (o meglio l'attacco all'ordine pubblico); ma non il *peccato*.

602. Sogliónsi elevare a reati contro la pubblica tranquillità: 1.° *l'instigazione a delinquere* (?); 2.° *l'associazione di malfattori* (?); 3.° *la resistenza alla pubblica autorità;* 4.° *prevaricazione* (?).

603. Questa tranquillità o pace però è più gravemente turbata, quando l'atto delittuoso proceda da un pubblico ufficiale, donde la distinzione di reati particolari: 5.° *peculato;* 6.° *concussione;* 7.° *corruzione;* 8.° *abuso di autorità*.

604. § 1. SE LA INSTIGAZIONE A DELINQUERE?... — Trattando del *tentativo*, abbiamo sostenuto la tesi: che questo ordinariamente, come *reato imperfetto*, deve essere oggetto di polizia preventiva, essendovi un *pericolo*, non una *lesione di diritto*, ad eccezione del *concorso* nella consumazione, che stabilirebbe *complicità* o correità.

Abbiamo però anche aggiunto: che molti atti sono un *reato per sè stante*, e ad un tempo un *tentativo* ad un reato maggiore, a cui mirano: questi li abbiamo distinti coll'epiteto *intermedii*.

Di tale natura potrebbe essere l'*instigazione* a delinquere, la quale si estrinseca in vario modo e specialmente col *comando*, col *mandato*, con *ricompense date o promesse*, con *minaccie*, con *abuso di autorità o potere*, e più specialmente con *discorsi in pubbliche riunioni* e colla *stampa*.

Tutte queste criminose estrinsecazioni ordinariamente appartengono alla dottrina della *partecipazione;* ponno però costituire un *reato sui generis*, quando l'instigazione *pubblicamente* fatta a determinato reato produce grave turbamento e scandalo sociale: lo che a nostro avviso avviene singolarmente nella *cospirazione*.

605. § 2. Se la associazione di malfattori? — Anche questa le più volte è un reato intermedio, il cui titolo deriva da varie circostanze: gli antecedenti, il numero delle persone, gli scritti o le parole dirette allo scopo di commettere non un tale delitto, ma una *serie* di delinquenze; il mestiere poniamo del ladro, del camorrista, del truffatore.

606. Volendo pur ritenere nel Codice queste due figure di reati, che hanno la loro sede naturale nelle leggi di polizia, non possiamo dissimulare che per il loro troppo vago concetto si possa dar luogo all'*arbitrio;* epperò non ci resta che raccomandare di bene accentuare il turbamento pubblico, che deriverebbe da queste azioni criminose; dappoichè la tranquillità e la pace non sono essenzialmente offese dalla millanteria di alcuni bravacci. Vuolsi realmente riconoscere un'*aggressione alla pubblica sicurezza*, la quale rende incerta la condizione giuridica del cittadino; e per tal modo entriamo in altra categoria di reati: *contro lo Stato*.

607. § 3. Resistenza, violenza ed oltraggio alla pubblica autorità. — Ben altrimenti è di questo reato,

la cui obbiettività giuridica è evidente (*vis publica*); ma abbisogna di uno studio particolare, sollevandosi facilmente conflitto col privato diritto, *la libertà individuale.*

608. Anzitutto è necessario distinguere la resistenza propriamente detta dalla semplice violenza, la quale sarebbe una minorante della resistenza stessa.

La *resistenza* = è una lotta di privati cittadini cogli agenti della pubblica forza, per impedire l'esecuzione di leggi, sentenze o provvedimenti della pubblica autorità; = e come lotta esige quale elemento necessario le *vie di fatto* contro la pubblica autorità.

La *violenza* invece può consistere in semplici minacce od oltraggi alla autorità.

609. La distinzione è grave, ma siccome identico è lo scopo « *impedire un atto legittimo del potere sociale* »; e identiche le persone (cioè da una parte il privato, dall'altra, come passivo, un pubblico ufficiale); così questi reati si sottopongono all'istesso paragrafo.

610. Uopo però è distinguere la resistenza e la violenza dalla *disobbedienza* o *renitenza,* le quali per sè non includono un'infrazione all'ordine giuridico e potrebbero solo come tentativi colpirsi di pena di polizia.

Se un ufficiale pubblico m'impone di venire in carcere ed io rispondo « *non voglio* », non faccio che manifestare il mio dissenso, che potrebbe essere anche giustificato da un motivo; all'ufficiale spetta il diritto ed il dovere di arrestarmi; se mi oppongo, da quel momento comincia la resistenza.

Pubblici ufficiali poi sono quelli investiti, anche *temporaneamente,* di pubbliche funzioni; ed in tale ordine entrerebbero anche gli agenti della pubblica forza, i notai e gli uscieri.

611. Se l'atto, a cui si resiste, fosse ingiusto?

La *resistenza* allora prenderebbe l'aspetto di giusta difesa. — È però pericoloso lasciare la facoltà ai privati di giudicare della *legittimità* degli atti degli ufficiali; e quindi, quando le *forme siano legali*, si esigerebbe *obbedienza passiva*, salvo reclamo al superiore.

Se l'agente mancasse nella forma o di necessario requisito?

In tal caso, come nel caso di mancanza di mandato nell'arresto fuori di flagranza, l'agente pubblico agirebbe contro la legge, e la resistenza sarebbe giustificata.

612. Uopo è pure distinguere la resistenza dalla *ribellione* o *perduellione;* nella prima si fa guerra ad un atto speciale dell'autorità, nella seconda si fa guerra allo Stato, e perciò questo reato è posto sotto la categoria dei reati contro lo Stato.

Il reato di resistenza è gradatamente punito secondo i *mezzi*, le *persone* e gli *effetti* ottenuti.

Alla *resistenza* seguono gli oltraggi od altri delitti contro le persone investite di pubblica autorità, fra le quali senatori e deputati ed i corpi giudiziarii e politici. Nel secondo caso l'azione penale non può essere proseguita senza l'autorizzazione del corpo offeso.

È pure un *oltraggio all'autorità*, quello dei venditori di fumo, che estorcono denari, dando a credere, che questi sieno necessarii, per ottenere dai pubblici ufficiali la prestazione della loro opera.

E oltraggio è pure a considerarsi ogni abuso dei ministri del culto, che si valgano del loro ministero per eccitare alla reazione politica o civile i loro dipendenti.

613. § 4. Prevaricazione. — Non è dubbio che l'avvocato ed il patrocinatore, colludendo colla parte avversaria o in altro modo pregiudicando la causa affidata, od esigendo oltre misura e secondo l'esito della causa,

turbino la pubblica fiducia ed amministrazione; ma sulle generali vi provvede la legge speciale sull'ordine degli avvocati, e nei casi gravi, il fatto cade necessariamente sotto altro titolo. (TRAFA, *appropriazione indebita,* ecc.).

614. § 5. PECULATO. — La qualità personale dell'agente specifica alcuni reati, quale sarebbe il *peculato,* o = sottrazione e trafugamento di denari o di altri oggetti mobili fatta dall'ufficiale od agente pubblico, a cui tali oggetti erano stati affidati per ragioni d'ufficio. =

Questo reato si risolve in un *furto qualificato;* epperò gli è comminata la pena del furto aumentata d'un grado, e graduabile secondo il valore della cosa rubata e il danno, che procedette dalla sottrazione degli oggetti ed in particolare delle carte o documenti.

615. Per ragioni già sopra esposte, quando il colpevole, prima che il reato fosse denunziato o scoperto, avesse volontariamente risarcito l'intero danno civile, non gli si potrebbe applicare la pena, non potendosi dire pienamente consumato il reato. Egli cadrebbe solo per ragione disciplinare sotto l'interdizione o sospensione da' pubblici uffici.

Al peculato è subordinata con più rigorosa sanzione la *soppressione* o *alterazione di atti giudiziarii* fatta da persona, a cui per officio sono affidate.

616. § 6. CONCUSSIONE. — Consiste questa nella riscossione con abuso di autorità (*metus publicæ potestatis*) di ciò che non è dovuto, o più di ciò, che è dovuto.

617. È mestieri qui distinguere il *fine,* che si propone l'agente, se cioè l'interesse (pur malinteso) dello Stato o la propria utilità qualunque; nel secondo caso dev'essere maggiore la pena.

Facciamo la riserva sopra esposta nel peculato per il caso di restituzione: imperocchè nella concussione *deve*

sempre risultare l'estremo del lucro per parte del concussore per sè o per lo Stato.

618. § 7. CORRUZIONE. = Il pubblico ufficiale o l'agente della forza pubblica, che, per fare un atto del suo ufficio o servigio, riceve in denaro o in altra utilità qualunque una retribuzione, che non gli è dovuta o ne accetta la promessa, è colpevole di corruzione; come pure è colpevole quando per venalità fa, ritarda od ommette qualche atto contro i doveri del proprio ufficio o servigio. =

619. È aumentata la pena, se la corruzione ha per oggetto il favore o il danno di un imputato o di una delle parti contendenti in causa civile.

Del reato di corruzione deve rispondere non solo il pubblico ufficiale corrotto, ma altresì (benchè in misura minore) anche il corruttore.

620. § 8. ABUSO DI AUTORITÀ. — Questo reato rappresenta il genere; epperò si debbono intendere colpiti tutti quegli atti, che non sono altrove specificati; quindi = qualunque atto arbitrario commesso da pubblico ufficiale contro i diritti altrui, a fine di procacciare a sè medesimo un'utilità qualunque =.

Se l'abuso di autorità quindi procede da intemperanza di zelo, cioè per un malinteso interesse dello Stato, non vi ha *dolo,* ma solo *colpa* o *contravvenzione* soggetta a pene disciplinari e di polizia.

621. Fra questi abusi di autorità si potrebbero dal legislatore specificare alcuni casi, come: 1.° *l'arresto arbitrario di un cittadino;* 2.° *esasperata detenzione, sevizie e prepotenze contro i carcerati ed arrestati;* 3.° *male arti nell'istruttoria del processo;* 4.° *interposizione dei propri interessi in affari di pubblica amministrazione* ad alcuno *affidati;* 5.° *rivelazione di segreti.*

Gravi questioni si fanno dai criminalisti ed in partico-

lare da CARRARA (§ 2511 e seg.) relativamente al *tentativo* e alla *complicità* in questo reato; noi crediamo però, che la dottrina retro chiarita sopra questi argomenti, prevenga le difficoltà stesse opposte.

ARTICOLO QUARTO.

REATI CONTRO LA SANITÀ.

622. Questo argomento, oggetto di una *legge speciale* (*Codice sanitario*), può dare occasione a molte contravvenzioni di polizia.

Vi ha però anche grave offesa al diritto universale ed in particolare all'*incolumità pubblica* (altro oggetto di pubblica amministrazione), quando si dieno atti = pei quali certe sostanze servienti alla nutrizione, al mantenimento della vita di un aggregato di uomini ed in genere alle loro necessità giornaliere vengano a corrompersi ad infettarsi ed a convertirsi invece in causa di morbi, deteriorazioni di salute ed anche mortalità di un numero indefinito di cittadini e possibilmente anche di tutti. = (CARRARA).

623. Perciò si comprendono in questa classe di reati: 1.° *l'avvelenamento o il corrompimento di cose destinate al pubblico consumo;* 2.° *lo spaccio di sostanze alimentari o derrate alterate in modo da portar danno alla pubblica salute;* 3.° *la violazione degli ordini emanati dalla pubblica autorità, per impedire la diffusione di contagio, epidemie, epizoozie.*

Quanto alle trasgressioni di polizia, che hanno intimo rapporto con questi reati, vedi una razionale specificazione nel *Regolamento di polizia toscano,* capitolo IX.

624. CARRARA subordina sotto questo titolo anche il *violato sepolcro.*

Noi pensiamo pure che in queste violazioni si possa trovare un rapporto colla *pubblica igiene;* ma non è da questo lato, che si riscontra la caratteristica del reato.

ARTICOLO QUINTO.

REATI CONTRO LA FEDE PUBBLICA, INDUSTRIA E COMMERCIO.

625. La società civile impone necessariamente la presunzione di veridicità ad alcuni atti, per la necessaria estrinsecazione delle attività sociali.

626. Questi atti sono la *moneta,* le *carte di pubblico credito,* i *documenti pubblici;* donde i *reati di falso nummario* e *di falso documento o bolli.*

Nella società poi si sviluppa altra vita, che deve essere in particolare garantita per il benessere comune e questa è la vita *commerciale* ed *industriale,* la quale può essere offesa dalla *bancarotta*, e dalla *violenza contro l' industria e il commercio.*

627. § 1. FALSITÀ DI MONETE E DI CARTE DI PUBBLICO CREDITO. = Il *falso nummario* consiste nella contraffazione di monete nazionali o straniere, aventi corso legale nel regno o fuori. =

Si deve tener calcolo non solo della *fabbricazione* di queste monete, ma ancora dello *spaccio,* con o senza concerto.

628. Fra le carte si comprendono anche: le *falsificazioni dei sigilli, bolli pubblici e loro impronte,* con speciale riguardo al *falso in documenti.*

629. Rispetto a questo reato importa anzitutto distinguere la persona, se *pubblico ufficiale* e se *nell'esercizio delle sue funzioni;* dappoichè in tal caso è gravissimo il turbamento, che ne procede alla fede pubblica in confronto di una falsificazione avvenuta da un privato, per uno scopo qualunque.

630. Si fa questione: se *la falsità in passaporti, fogli di via, licenze* ed altri *certificati* possa costituire *per sè* reato.

Noi crediamo bene distinguere anche qui la *persona del falsificatore;* e nel caso che questa sia pubblico ufficiale o investito di *pubblico incarico,* come medico o chirurgo, pensiamo che la fede pubblica sia gravemente scossa, epperò in questo caso soltanto ammettiamo la possibilità del reato, negli altri casi solo la contravvenzione.

631. § 2. DEI REATI CONTRO IL COMMERCIO E L'INDUSTRIA. Ci si presenta dapprima la *bancarotta,* la quale è oggetto pure del codice di commercio.

632. Rispettando queste disposizioni nella sua sede speciale, dovrebbe il penalista elevarsi al *concetto generico (insolvenza colpevole)*, che comprenda tutti i cittadini, riservandosi ai commercianti le disposizioni speciali del codice di commercio.

633. Per tal modo = sarebbe reo di bancarotta chiunque divenuto insolvente o dichiaratosi per tale, sottrae dolosamente ai creditori quanto è loro dovuto. = (V. BUCCELLATI: Reato di *bancarotta*).

Secondo questo concetto, gli atti di bancarotta sarebbero tutte le frodi a danno dei creditori nel caso di insolvenza reale o simulata, epperò dovrebbero queste cadere sotto il titolo dei reati di truffa o di frode; perocchè il fallimento (almeno presso noi) è privativa del commerciante. Ciò non toglie però che si possa dare *insolvenza delit-*

tuosa, « quando taluno si riduca nella incapacità di pagare i propri debiti per effetto di dissipazioni, cessioni a titolo gratuito, speculazioni temerarie, ponendo i propri creditori nella impossibilità d'essere soddisfatti ». Ciò deve constare da *regolare querela.*

624. Altra figura di reato è pure la *coalizione* e lo *sciopero,* il cui necessario elemento del resto deve essere la *violenza;* perocchè il concerto, affine di ottenere patti diversi, e la desistenza dal lavoro sono per sè atti leciti, che procedono dalla libertà di associazione e di lavoro.

625. Altre frodi nel commercio debbono in particolare essere annoverate, come: *a*) *la diffusione di false notizie* per produrre sul pubblico mercato o nelle Borse di commercio una alterazione dei prezzi delle carte di pubblico credito, od effetti commerciali; *b*) *l'uso di pesi e misure alterate; c*) *falsificazione di merce* ed in particolare di oggetti di valore, oro ed argento, ecc., ecc.; *d*) ed in casi straordinarii anche il *monopolio.*

626. È bene però avvertire, che difficilmente si può dare in questi casi un grave turbamento alla fede pubblica; dappoichè la società si è già avvezzata a certe arti e raggiri del mercato pubblico. L'inganno quindi e le frodi saranno in genere oggetto di contravvenzione di polizia e potranno solo in casi rarissimi costituire reati.

È pure, secondo alcuni, un reato contro il commercio *la impedita libertà degli incanti.*

627. *Diritto romano.* Reati contro la pubblica amministrazione.

a) *Reati contro la religione.* Di che s'è già discorso. Abbiamo avvertito esservi alcuni tra questi, che si punivano non tanto per una ragione strettamente politica o per la violazione della libertà di coscienza, quanto pel turbamento in genere del sentimento religioso. Tali erano

le ingiurie recate al culto, il sacrilegio ed il violato sepolcro.

La pena di morte era sancita contro chi avesse nelle chiese durante il culto recato ingiuria ai sacerdoti celebranti (C. 1, 3, 10). E, in generale, la violazione dei precetti ecclesiastici fu elevata a delitto; in ispecie la detenzione e lettura dei libri proibiti (C. 1, 5, 6, 1 e 8, 12: i pagani avevano pure tal massima, cfr. gli atti del processo di Euplo in COTELIER « *Monumenta eccl. gr.*, vol. 1 ») e la violazione dei giorni festivi, non solo col lavoro, ma anche con spettacoli rumorosi e indegni della santità di que' giorni (cfr. C. 3, 12, 7 (8) e 9 (11), 3).

Il *crimen violati sepulcri* (cfr. FERRINI, *De iure sepulcrorum*, Arch. Giur., vol. 30, fasc. 6°) appartiene pure a questo numero. Il sepolcro era *res nullius*, perchè sottratto al dominio umano: la violazione di esso non ledeva pertanto i diritti di alcuno. Esso era però nella tutela degli *Dei mani* (le anime defunte), a cui importava moltissimo, che fosse rispettato il luogo, dove riposavano in pace le ossa loro. Questo concetto non potè più reggere talquale di fronte al cristianesimo, e allora si punì la violazione dei sepolcri come un' offesa alla religione dei morti e al comune sentimento delicato e pio (cfr. il titolo C. 9, 19, Dig. 47, 12). Le pene erano gravissime e molteplici: specialmente si segnalò per la sua severità in questo proposito GIULIANO (cfr. FERRINI, l. c.)

b) *Reati contro la pubblica morale.* Nel diritto romano noi troviamo fin *ab initio* puniti questi reati per il pubblico scandalo, per l'offesa alla pubblica coscienza. Specialmente ai tribuni e agli edili spettava portarne l'accusa avanti i comizii tributi e farli condannare a pene talora severissime. Sentendosi obbligato a porre un rimedio efficace all'orribile depravazione de' costumi, Augusto cercò

ripararvi colla *lex Iulia de adulteris coercendis*. In essa era punito l'adulterio della donna, il lenocinio del marito (a costituire il quale bastava che continuasse a ritenere dopo il fallo la moglie), l'incesto e lo stupro, nè si distingueva, se il reo avesse agito per violenza o col consenso del complice. Nel primo caso egli sarebbe stato reo anche del *crimen vis* e quindi passibile di pena assai più grave (Paul S. 2, 26, 12).

c) *Reati contro la pubblica tranquillità*. Questi reati erano in parte compresi sotto il titolo *de maiestate* (cfr. D. 48, 4, 1 e 2). Tale erano specialmente l'opposizione alla forza pubblica e in certi casi le associazioni di malfattori. Altri casi cadevano sotto il concetto di *crimen vis* e tra questi va segnalato l'arbitrario esercizio delle proprie ragioni (cfr. spec. il decreto di Marco Aurelio D. 48, 7, 7 e fr. 8): « si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet hac lege tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis fit ». Anzi nel caso che alcuno occupi violentemente la cosa propria posseduta da altri, si ammetteva l'actio ui bonorum raptorum (Inst. 4, 2, 1). — Come *crimen extraordinarium* poi veniva colpito ogni atto, il quale sembrasse attentare più o meno direttamente alla pubblica sicurezza, e in proposito venivan date le più larghe istruzioni agli alti magistrati (D, 48, 19, 28, 3 — 1, 15, 3 e 4 — 1, 18, 6, etc.) Fra i delitti di questa classe due vanno specialmente segnalati: il tenere un *collegium* (corpus, sodalicium) *illicitum* e il *crimen annonæ*.

Che le associazioni (tranne poche eccettuate) non fossero permesse per motivi politici e tutte stessero sotto severissima sorveglianza della polizia, è noto a ciascuno. Senza riandare la storia della legislazione (cfr. MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis*): a noi basta accennare alla giurisprudenza del tempo imperiale. La pena è la stessa che

pel crimen maiestatis e pel crimen *vis publicæ* (D. 47, 22, 2). Il *crimen annonæ* represso da una *lex Iulia* consiste nell'intercettare a uno scopo qualsiasi le vettovaglie spedite a Roma o impedirne il regolare trasporto con pericolo di affamare il popolo: la pena era pecuniaria (D. 48, 12, 2).

Un gruppo speciale di delitti contro la pubblica sicurezza, come quelli, che si commettono dai magistrati, sono il peculato, la concussione e l'abuso di autorità.

Il peculato era represso dalla *lex Julia* (D. 48, 13, 1). Non è mestieri nel diritto romano, come nel nostro, che l'agente sia rivestito di carattere pubblico; può essere benissimo un privato. Anche il concetto era assai più lato (cfr. spec. 48, 13, 11 (9), 3, 5 cet. e fr. 5 (4), 3 (6) e fr. 4 pr.) La legge Giulia comminava una pena pecuniaria: la stessa del *furtum manifestum* o anzi della *rapina,* dacchè mi sembra che nel *quadruplo* da pagarsi dal reo fosse compresa la restituzione del mal tolto. Singolarissima è la disposizione, per cui non può essere reo di questo delitto colui, che è personalmente responsabile del pubblico danaro (cod. tit. fr. 9 (11), 2).

Le concussioni furono obbietto di una copiosissima legislazione. Celeberrima è la *lex Calpurnia,* che a repressione di questo reato istituì le questioni pubbliche. Successe la lex Acilia (conservata), la lex Seruilia, etc., fino alla lex Iulia. La *lex Acilia* intende per concussione (repetundæ) l'illegittima estorsione commessa da un magistrato romano o da persone della sua famiglia a danno dei peregrini provinciali (cfr. il testo in Bruns, *Fontes,* pag. 54). La pena era pecuniaria. La *lex Iulia* non esigeva più la qualità di *peregrino:* ciò che del resto sotto l'impero quando s'estese la cittadinanza sarebbe stato impossibile. Teodosio e Valentiniano estesero la pena anche a colui che cedesse alle pressioni del magistrato, anzichè

protestare ed appellarsi (C. 9, 27, 6). La pena fu sempre pecuniaria pari a quella del *peculato*. *Repetundæ* dicono i Romani anche quel reato, che noi dicemmo *corruzione*, quando non entri nella categoria del *falsum* (D. 48, 10, 1).

L'abuso di autorità può commettersi in più modi compresi sotto il titolo *de maiestate* o anche *de vi o repetundis* (D. 40, 6, 7). In taluni casi più gravi s'incorreva nelle pene minacciate dalla *lex Cornelia de sicariis* (Dig. 48, 8, 1).

d) Reati contro la santità. Erano considerati come contravvenzioni di polizia, demandate ai relativi magistrati. Sotto la repubblica erano incaricati specialmente gli edili; a' tempi imperiali il præfectus urbi, il præfectus annonæ, etc. I casi più gravi potevano essere puniti secondo la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*.

e) Reati contro la fede pubblica. Si comprendono in generale sotto il *crimen falsi* (*lex Cornelia de falsis*): « sic et diuus Seuerus *lege Cornelia de falsis* damnavit præfectum Aegypti quod instrumentis suis, cum praeerat provinciæ, falsum fecit » (D. 48, 10, 1, 4) e « *lege Cornelia cauetur*, ut qui aurum uitii quid addiderit, qui argenteus nummos adulterinos flauerit, falsi crimine teneatur » (cod. tit. 9, pr. sq.) E il delitto di falsa moneta era inteso nel più lato senso: « qui nummos aureos partim raserint, partim tinxerint uel finxerint » (D. 48, 10, 8) « ne quis nummos stamneos plumbeos emere uendere dolo malo uellet » (fr. 9, 2). — In talun caso i reati, che noi diciamo contro la fede pubblica, erano puniti come « peculatus » p. e. « qui tabulam aeris legis formamue agrorum (cfr. Rudorff, *Gromatische Institutionen*) aut quid aliud continentem refixerit uel quid inde immutauerit *lege Iulia peculatus tenetur*. *Eadem lege tenetur* qui quid in tabulis publicis deleuerit uel induxerit. D. 48, 13, 10 (8).

f) Reati contro il commercio e l'industria. Presso i Romani non esiste un delitto speciale di *bancarotta;* esso rientra sotto il titolo génerale di falso o di stellionato a seconda dei casi: molte volte non si dà che l'azione civile *ex dolo.* Specialmente lo *stellionato* (crimen extraordinarium) è inteso a reprimere le frodi commerciali (cfr. D. 47, 20, 3, 1 e 3): Ulpiano dopo aver specificato parecchi casi, che da noi potrebbero benissimo assumere la figura di fallimento doloso, conchiude: « deficiente titulo criminis, *hoc crimen locum habet,* nec est opus species enumerare ». — Lo sciopero poteva essere compreso nel *crimen vis;* talora anche assumere la figura di associazione illecita. Le falsificazioni di merci, pesi e misure entravano di solito nel *crimen falsi.*

CAPITOLO SESTO.

REATI CONTRO LA FAMIGLIA.

BIBLIOGRAFIA.

Grillandi, *De pœnis omnifariam coitus illiciti.* 1580 (in Ziletti, *Tractatus*). — Brisson, *Commentar. ad legem Juliam de adulteris.* 1557. — Bocer, *De adulteris.* 1625. — Wibel, *De adulterio.* 1645. — Hofmann, *De dissensu iurium in puniendo adulterii crimine.* 1740. — Baccer, *De adulterio cum soluta commisso.* 1762. — Fournel, *Traité de l'adultère.* 1778. — Van Meurs, *De adulter.* 1779. — Kleinschrod, *Ad l. Juliam de adult.* 1795. — Haupt, *De pœna adult. ex l. Jul.* 1798. — Thilo, *De crimine adult.* 1810. — Henke, *Ueber den Ehebruch* (Sull'adulterio) nel 1.° volume de' suoi *Saggi.* — Bedel, *Nouveau traité de l'adultère.* 1826. — Brousse, *Sur l'adult.* 1869. — Thomasius, *De crimine bigamiæ.* 1685. — Zeis, *De bigamia,* 1703. — Montaigne, *De bigamia* (*Tractatus magni,* vol. 9). — De Kock, *De bigamia.* 1803. — Müller, *De pœna*

bigamiæ capitali abroganda. 1819. — LYNCKER, *De partu supposito.* 1690. — STRUVE, *De partu supposito.* 1732. — ABEGG, nel *N. Archiv für Strafrecht,* XI, 580. — JACOBI, *De crimine status suppressi.* 1869. — MANGANO, *Del reato di soppressione di stato.*

ARGOMENTO.

638. *Reati contro la famiglia:* ragione di questo titolo. — 639. Distinzione di questi reati. — 640. *Adulterio:* concetto. — 641. Differenza di questo reato nell'uomo e nella donna. — 642. Requisito essenziale. — 643. Circostanze aggravanti. — 644. Perchè si esiga la querela di parte? — 645. *Della poligamia.* — 646. Se può darsi nel matrimonio *putativo?* — 647. Figure speciali di reato in ciò che è detto *tentativo di poligamia.* — 648. *Ratto:* concetto. — 649. Requisiti. — 650. Circostanze aggravanti. — 651. *Reati contro lo stato civile.* — 652. Soggetti agenti di questo reato. — 653. Varia estrinsecazione di questo. — 654. *Supposizione di parto e supposizione di infante.* — 655. *Maltrattamenti e sevizie in famiglia.* 656. Necessaria distinzione per il retto apprezzamento di questo reato. — 657. Se debba intervenire la querela di parte. — 658. Diritto Romano.

638. Lo Stato, come sopra si è dimostrato (TEORIE *in princ.*) procede dalla società domestica; epperò è dovere dello Stato stesso reggere e tutelare la famiglia, come *istituto necessario* alla propria esistenza.

639. Da ciò derivano i reati, che offendono i diritti della società parentale, distinti sotto due rapporti: quello dei coniugi e della prole; i primi che offendono il *coniugium,* base della famiglia, sono l'*adulterio,* la *poligamia* ed il *ratto.* Alcuni vi aggiungono il *lenocinio* e l'*eccitamento alla corruzione;* ma questi entrano nel genere dei reati contro il costume, di cui sopra; i secondi, che offendono i diritti dei figli, sono *reati contro lo stato civile* e *maltrattamenti* o *sevizie.*

640. § 1. Adulterio. — Adulterium da *adulter* come magisterium da magister: deriva verosimilmente dal tema *alter*:

altero: *a*d*u*ltero = *ca*pere: re*cu*perare
= *sa*ltare: in*su*ltare ex-*su*ltare, ecc.

Quando si volesse cercare altra etimologia, proporrei quella dal tema ad-ūl- nel suo significato primitivo, sul quale cfr. Curtius, *Grundzüg*, p. 361 gr. ἑλύ-ω ἀλέ ω sscr. var-as ūr-mis (*vār-mis). Da ad-ūl il verbo ad-ūl-o ad-ūl-or, il quale non ha rapporto veruno colla $\sqrt{\text{svad}}$ = gr. ἡδύς = lat. suau-is.

Adulterio = è la violazione del talamo coniugale =.

Il dovere della fede coniugale non è solo morale e religioso, ma ancora sociale per la natura del matrimonio, che stabilisce un intimo ed esclusivo congiungimento di diritti: un reale *istituto giuridico*.

641. Questo dovere incombe ad ambedue i coniugi; epperò il reato d'adulterio è tanto della moglie, che del marito, colla differenza della maggiore gravità nella moglie, la quale differenza non sorge dal placito dell'uomo, ma dalla natura inalterabile delle cose; per ciò che l'illecito connubio nella donna turba la *legittimità* del consorzio domestico.

Per questa ragione alcuni vollero restringere il concetto giuridico dell'adulterio nell'uomo, specificandolo col *concubito* = unione con altra donna tenuta dal marito nella casa coniugale =.

642. Requisito essenziale di questo reato è la *violazione del vincolo di matrimonio* contratto *secondo la legge*. Dove vige solo il *matrimonio civile*, la violazione del matrimonio contratto *secondo la fede religiosa*, non è reato.

Quanto all'atto materiale si esige il *commercio;* altre mollizie o libidini non sarebbero sufficienti a costituire l'adulterio.

643. La *pluralità delle cognizioni carnali* costituisce *reato continuato,* ma non è perciò sempre circostanza aggravante, come lo sarebbe talvolta la *duplicità*, cioè = l'adulterio che lo ammogliato commette con una maritata = e lo era un tempo la *diversità di religione* negli adulteri, ed anche la *diversità di condizione* o l'*età.*

644. Attesa la natura speciale di questo reato, di cui primo giudice dell'offesa è il coniuge stesso, viene esso subordinato alla *querela di parte,* e questa è la ragione, per cui dai prammatici non si considera il *tentativo di questo reato.*

645. § 2. Poligamia. — Questo reato detto anche *bigamia* avviene = quando taluno legato già da matrimonio ne contragga un altro =.

Poco importa, che vi sia altro fine oltre l'*appetito dei sensi,* quale a cagion d'esempio, la *avidità di ricchezza* o *di onori:* la legge riguarda il fatto, non l'intenzione.

646. Un matrimonio *putativo,* cioè = essenzialmente nullo, ma creduto valido dalle parti = non potrebbe dar effetto alla bigamia; giacchè questa presuppone sempre la *validità* del matrimonio precedente, non però la *consumazione,* la quale può valutarsi soltanto come criterio misuratore della quantità.

647. Ciò che è detto *tentativo* di questo reato, positivamente assume una *figura speciale,* entrando nella classe della frode, della seduzione, dello stupro e dell'adulterio.

648. § 3. Ratto. — Cade questo sotto il concetto generale di = sottrazione o ritenzione consumata contro la volontà della persona rapita =; e quindi appartiene alla classe dei *reati contro la libertà personale.*

Le scuole però hanno voluto specificare questo concetto di ratto, come = violazione speciale del consorzio domestico ed in particolare della patria podestà =.

649. Requisiti di questo reato, sono: l'*età minore* ed il *fine di libidine* ed anche di *matrimonio*.

La donna attesa la sua debolezza è equiparata al minorenne.

650. Sono circostanze aggravanti la *violenza*, le *minacce*, l'*abuso della persona rapita*; sono mitiganti il *consenso*, l'*età maggiore* della donna, se la rapita *è pubblica meretrice*, la *restituzione volontaria* della persona rapita ed anche il *susseguente matrimonio*, il quale, secondo alcuni, toglierebbe ogni applicazione di pena.

651. § 4. Reati contro lo stato civile. — Per effetto della società parentale, dando vita ad un essere, non si può a questo rifiutare lo stato di famiglia, che naturalmente gli si conviene, epperò è considerato come reato = l'occultamento, il mutamento e la supposizione di un infante, affine di alterarne lo stato civile =.

652. Soggetto *agente* del reato sono per ordinario i genitori; potrebbero però essere anche estranei; ed in tal caso il paziente non sarebbe tanto il fanciullo, quanto i genitori stessi.

653. Tre sono gli atti considerati, *occultamento*, *cambiamento* e *supposizione*; ma questi debbono sempre proporsi per fine l'*alterazione dello stato di famiglia di un fanciullo*.

654. La supposizione può essere o di fanciullo o di parto. La *supposizione* di *parto* = quando una donna simuli per privati suoi fini la gravidanza ed il parto, presentando come frutto di questi fatti, che non hanno esistito, una creatura non sua =.

È *supposizione di fanciullo* =, se la gravidanza ed il

parto realmente hanno esistito, ma dopo che il frutto dei medesimi è mancato ai viventi, si è posto in luogo del defunto un altro fanciullo =. Questa diversità per altro fra supposizione di parto e supposizione d'infante, non può avere influenza sulla quantità del reato.

Così nell' uno come nell'altro modo vi è un delitto minore che nel *cambiamento,* = quando cioè si cambia un infante per sopprimerne o alterarne lo stato civile =.

655. § 5. MALTRATTAMENTI E SEVIZIE IN FAMIGLIA. — È troppo sentita l'importanza di speciale sanzione contro questi atti, causa di grave sconvolgimento e danno domestico.

Il legislatore deve per questi atti imporre una pena più grave di quella, che è inflitta per le violenze in genere contro le persone.

656. È bene però che si mantenga la distinzione dell'*abuso di mezzi di correzione e disciplina,* che cagionano danno e pericolo ai figli o agli allievi, dai *maltrattamenti o sevizie* sia sopra i figli ed allievi che sopra coniugi, senza alcun scopo di correzione e solo per libidine di tormenti.

657. Questi reati si vorrebbero da taluno sottoposti alla *querela di parte;* ma noi crediamo che in tal caso si renderebbe illusoria la difesa, che dà la legge ai miseri trastullo di sevizie in famiglia; imperocchè i maltrattamenti stessi colpiscono per appunto persone incapaci a reagire, che subiscono all' estremo ogni tortura, avanti pur concepire il disegno di muovere lamenti al pubblico ufficiale.

La fisiologia e l'esperienza ci prova: che i figli soggetti a vessazioni, e tirannie domestiche, si rendono perciò appunto presso che istupiditi ed idioti, senza presentare del resto gli estremi per essere dichiarati imbecilli ed

interdetti; orbene è precisamente per questi che si invoca la tutela della legge e la si invoca a difesa non tanto dell'individuo, quanto dell'*ordine della famiglia*. Sia dunque pubblica l'azione; e a tutti la facoltà di denuncia.

658. *Diritto romano.* 1.° *Adulterio:* — In Roma era punito dalla *lex Iulia de adulteris coercendis* (forse parte della *lex Iulia et Papia Poppœa:* non possiamo accogliere l'opinione di Carrara, che nomina anche una *lex Iulia de pudicitia....* Programma P. Sp. vol. 3, pag. 322 § 1875). Il diritto romano non contempla che l'adulterio della donna (l'uomo commette adulterio solo con una donna maritata; il marito non commette adulterio con una donna libera Wächter, *Vorlesungen,* pag. 484). La pena era per l'adultera *relegatio*, perdita di metà della dote e d'un terzo de' beni parafernali, per l'adultero *relegatio* e confisca di metà del patrimonio. Le pene s'inasprirono sotto l'impero; ai tempi di Giustiniano, abbiamo per l'adultero pena di morte, per l'adultera *rechiusione in un chiostro.* Il giudice non poteva agire d'ufficio: per la *lex Iulia* poteva però ognuno far querela, se il marito dissimulava: diritto che fu poi ristretto ai più prossimi parenti.

2.° *Bigamia.* — In principio pare fosse colpita dalla sola infamia. La *lex Iulia* applicò le pene dell'adulterio e dello stupro. Il che confermò Giustiniano (nov. CXVII, Zachariä, 141, 11, Athanas, 10, 9, p. 129); in modo che venne così applicata anche a questo reato la pena di morte (di che dubita Pessina, II, 322). Coll'infamia si puniva anche la contemporaneità di più sponsali (D. 3, 2, 13, 1 sq.).

3.° *Ratto.* — Il diritto Romano lo trattava secondo i casi come *crimen vis* o come stupro. Giustiniano lo considerò come reato speciale, minacciando la pena di morte e la confisca. Giustiniano ha pene severissime contro i rapitori delle monache: questo reato però non è tanto da

lui punito per il disturbo della quiete claustrale o pella violazione della integrità personale, quanto per l'ingiuria sacrilega fatta a Dio, a cui la monaca era consacrata. Giustiniano proibì poi il matrimonio fra il rapitore e la rapita, ancorchè questa acconsentisse, minacciando anche i parenti della rapita, se avessero prestato il loro assenso.

4.° *Reati contro lo stato delle persone.* — Nel diritto Romano lo stato civile non era così ufficialmente costituito e controllato come da noi. Partendo però dal giusto principio che « publice interest partus non subici, ut ordinum dignitas et familiarum salua sit » si puniva come *crimen falsi* la *supposítio partus vel infantis.* La pena era talora gravissima, p. es. « *obstetricem, quæ partum alienum adtulit ut supponi possit, summo supplicio adfici placuit* » Paul. 5, 2, 24, 9. D. 25, 4, 1, 13.

CAPITOLO SETTIMO.

REATI CONTRO IL PRIVATO.

BIBLIOGRAFIA.

Meermann, *De autochiria.* 1704. — Van Hasselt, *id.* 1728. — Falckner, *id.* 1728. — Küppel, *Selbstmord* (Suicidio). 1790. — Emmen, *De suicidio.* 1782. — Hermann, *De Autochiria.* 1813. — Waechter, *N. Archiv*, X 72. — Falck, *idid.* XI 143. — Caballi, *Tractatus de omni genere homicidii.* 1672. — Harprecht, *De omicidio.* 1606. — Müller, *De hom.* 1608. — Müller, *De hom. a pluribus commisso.* 1720. — Mylius, *id.* 1741. — Richter, *De hom.* 1744. — Mantzell, *De gradibus homicidiorum.* 1754. — Birtbaum, *Ueber*, *etc.* (Sull'omicidio commesso da molti). 1815. — Egger, *Mord* (Sull'omicidio). 1817. — Sanio, *Observ. ad l. Corneliam de sicariis.* 1827. — Köslin, *Lehre vom Morde* (Dottrina dell'omicidio). 1833. — Abegg, *Arch. für Criminalr.* N. S. 1849. —

WHARTON, *Treatise on homicide in United States* (Trattato sull'omicidio negli Stati Uniti). 1854. — STEPHEN, *Definition of hom.* (Definizione dell'omicidio). 1866. — ROSCOE, *Law on hom. cet.* (Legge sull'omicidio nel Codice di Georgia). 1870. — RAMOS, *Errores Triboniani de pœna parric.* 1759. — PEREIRA *in Ottonis Thes.* V 995. — WAGNER, *De supplicio parric.* 1735. — KLEIN, nell'*Archiv für Criminalr.* 1, 107 con special riguardo al diritto francese. — FRIEDREICH, *De legibus, ex quibus parricida hodie diiudicandus est.* 1816. — MASCART, *De parricidio ex iure hodierno.* 1825. — OSENBRÜGGEN, *Das alte röm. Parric.* (L'antico parricidio romano). Kiel 1841.

WOLFART, *De infanticidio doloso.* 1750. — EVERS, *De matribus quæ prolem suam interf.* 1807. — DAECHNRÖDER, *Die Strafe, etc.* (La pena dell'infanticidio). 1807. — DE BROUCKÈRE negli Atti dell'Accademia Leodense 1819-1820. — VAN MONS, *Diss. medico-legalis de inf.* 1822. — GANS, *Ueber das Verbrechen, etc.* (Sul reato d'infanticidio). 1824. — MITTERMAIER, *N. Archiv für Criminalr.* VIII, 1, 304-493-624 tradotto in italiano negli *Scritti germanici di diritto crim.* 1844. — KUNTZE, *Kindesmord* (Infanticidio). 1860. — BRILLAND-LAJAURDIÈRE, *De l'infanticide.* 1865. — W. BURK RYAN, *Infanticide.* 1862. — BUSSELLI, *Infanticidio.* 1863. — FOHMANN, *De Assassinio,* 1636. — LAUTERBACH, *De Assassinio.* 1657. — CRAMER, *De assassinio.* 1767. — EXHENBACH, *De homicidio proditorio.* 1732. — WAGNER, *De ueneficio.* 1715. — KOLLER, *De pœna ueneficii adtentati.* 1761. — FISCHER, *De pœna ueneficii adtentati et consumati.* 1761. — EHRMANN, *De ueneficio culposo.* 1782. — GENGLER, *Die Lehre des ueneficium.* 1842. — ODOFREDUS, *De percussionibus* (nella Raccolta dello ZILETTI. 1580). — SCHRÖTER, *De iure circa uulnera,* 1671. — BODINUS, *De iure circa uelationem corpori alterius inlatam.* 1713. — BRIGANTI, *Trattato delle ingiurie reali e verbali.* 1842. — SCHMID, *De crimine læsæ sanitatis.* 1835. — VON JAGEMANN, *Sessione corporea* (negli *Scritti germanici*, 1846. III, 209, 249). — FITTMANN, *De delictis in uires mentis humanæ commissis.* 1795.

STOCKMANN, *De libellis,* 1799. — BRIGANTI, op. cit. — WEBER, *Injurien,* 6.ª ed. 1820. — KNOBLOCH, *Quatenus typothetæ uel bibliopolæ iniuriarum socii habendi sint.* 1801. — KASTNER, *De effectu condicionum injuriis adiectarum.* 1804. — GIOJA, *Dell' ingiuria.* 1821. — LEHMANN, *De notione iniuria ex lege naturali deriuanda.* 1829. — E nell'*Archiv für Criminalrecht,* cf. — ABEGG, p. 303, 1852. — BIRNBAUM, p. 157, 1844. — HEFFTER, p. 237, 1839. — HOFFMANN, p. 371, 497, 1842. — MITTERMAIER, p. 502, 1832, p. 66, 1834, p. 1, 1839. — SPANGENBERG, p. 640, 1831.

— WALTER, p. 108, 241, 1810 (l'ultimo anche italiano nel 1.° vol. degli *Scritti germanici*). — CHASSAN, *Délits de parole et d'écriture.* — KETDENACKER, *Ehreverletzung* (Lesione d'onore). 1839. — HAKEN, *Begriff der Ehre* (Idea dell'onore). 1850. — DORMAND, *Étude sur la diffamation*, 1817. — HÉLIE, *De la diffamation*, Révue de Wolowski, vol. 20. — BUYN, *La liberté de parole.* 1867. — PÉTIT, *Des injures et de la diffamation.* 1868. — LIGNON, *De la diffamation envers les particuliers.* 1869. — BUCCELLATI, *Reati di Stampa.* — BONASI, *Sulla legge della Stampa.* 1881. — MANFREDI, *Diritto penale della Stampa.* 1881. — MÜLLER, *De exceptione ueritatis.* 1719. — MITTERMAIER, *Archiv f. Cr. R.* 1839, e ital. negli *Scritti germanici.* — WAKLE, *De exceptione ueritatis.* 1843. — GEFKEN, *De exc. uer. conuiuii.* 1837. — WILLENBERG, *De iniuria mortuis illata.* 1726. — GRAND, *Diffamation envers les morts* (Révue ratique de droit. 1860). — PAILLART, *Les franchises de l'historien.*

ARGOMENTO.

659. *Reati contro il privato.* — 660. *Reati contro l'integrità corporale.* — 661. Distinzione di questi. — 662. Nozione dell'*omicidio.* — 663. Requisiti. — 664. Se sia necessaria l'istantaneità della morte. — 665. Se debba constare la causa dell'omicidio. — 666. Dell'omicidio *preterintenzionale.* — 667. Elemento morale di questo è il *dolo indiretto.* — 668. L'*errore* nella persona e l'*aberrazione nel colpo* non escludono l'*animus necandi.* — 669. Conseguenze della *vita integra* nel soggetto passivo del reato. — 670. Se sia necessario che l'infante sia nato *vitale.* — 671. Dei *parti mostruosi,* oggetto di questo reato. — 672. Il *suicidio* sarebbe compreso in questa specie di reati. — 673. Impunità di questo. — 674. Imputabilità e quindi punizione del *partecipe.* — 675. *Qualifiche* diverse di questo reato. — 676. *Veneficio.* — 677. *Cause escusanti.* — 678. Varia *partecipazione.* — 679. *Lesioni corporali.* — 680. Perturbazione morale prodotta dalle lesioni al corpo. — 681. Distinzione di queste lesioni corporali. — 682. Oggetto di questo reato e necessario intervento del perito per il relativo giudizio. — 683. Qualifiche e scuse. — 684. *Reati contro l'onore:* importanza di questo argomento. — 685. Legge e studi speciali degli italiani. — 686. *La libertà di stampa moderata* dalla legge: monografia di BUCCELLATI. — 687. Sunto di questo lavoro: se i reati di stampa

debbono essere oggetto di un codice penale? — 688. Norme preventive e disciplinari: abolizione del gerente responsabile. — 689. Classificazione dei reati di stampa. — 690. Nozione ed effetto dei reati di diffamazione e libello famoso. — 691. Del *danno morale* procedente da questi reati. — 692. Come verificarsi la prescrizione. — 693. È ammissibile l'*exceptio veritatis?* — 694. Pena della diffamazione. — 695. Questo reato deve considerarsi rapporto a tutto il corpo sociale. — 696. Diritto romano.

659. Si distinguono questi in due classi, secondo che è offesa la persona con atti nella sua integrità corporale o con parole nell'onore.

« Gravi difficoltà ed antinomie si incontrano nella classificazione e natura di questi reati » (V. Relazione Progetto Zanardelli CXIII): sarà nostro dovere dare l'ultimo risultato degli studii, evitando la controversia e nel modo il più semplice.

ARTICOLO PRIMO.

REATI CONTRO L'INTEGRITÀ CORPORALE.

660. Intendiamo sotto questo titolo = tutte le lesioni fatte al corpo =; dappoichè le altre lesioni fatte in genere al morale della persona, come l'*attentato al pudore*, cadono sotto titolo diverso, come retro si è dimostrato.

661. Il corpo può essere variamente offeso o con un *colpo mortale*, che tolga la vita, o con *percosse* o *ferite*, che alterino o turbino l'esistenza.

Nel primo caso abbiamo l'*omicidio;* nel secondo caso abbiamo *ferimento* o *percosse*.

662. § 1. Omicidio: *violenta vitæ hominis ademptio.* La *violenza* consiste = nella effettuata determinazione di distruggere una vita umana =.

663. Perciò si esige: 1.° la *morte* seguita; 2.° l'*animus necandi,* in quel fatto, che è causa di morte; 3.° *una vita umana* esistente.

664. Quanto al primo requisito è bene avvertire: che non si esige l'istantaneità dell'esecuzione; ma *razionalmente* parlando, quando la lesione fu causa esclusiva della morte, nè sopravvenne altro incidente, a cui si possa imputare il fatto, devesi ritenere l'autore della lesione reo di omicidio, con una relativa diminuzione, la quale potrebbe positivamente subordinarsi al titolo di *lesione seguita da morte* od anche a *ferimento coll'aggravante: attentato omicidio.*

665. Quanto al secondo requisito se è necessario il *dolo specifico di uccidere,* non è necessario stabilirne la *causa della uccisione;* perchè questa ci obbligherebbe a penetrare nella coscienza; e d'altronde può darsi anche la distruzione della vita senza altra causa impellente, che la brutale malvagità (*omicidio bestiale*).

666. Questo elemento conduce alla distinzione fra omicidio *doloso* e *colposo.*

Noi, fedeli alla nostra teoria, non dubitiamo asserire: che l'omicidio meramente colposo appartiene alle contravvenzioni di polizia; ma per l'importanza dell'argomento sentiamo il bisogno di avvertire: che bisogna bene distinguere la *colpa dalla intenzione.* Un omicidio può essere *preterintenzionale* eppure *doloso:* questo impropriamente dalla nostra legislazione è detto *omicidio involontario.*

Nonostante l'improprietà di parola, la distinzione sussiste razionalmente.

Taluno per incuria lascia cadere un vaso dalla finestra ed uccide un uomo; un cocchiere sferzando i cavalli a briglia sciolta travolge nelle ruote e schiaccia un bambino. Ebbene, il primo ha commesso un omicidio *colposo,* in

cui nulla vi ha di *intrinsecamento malvagio* (oggetto di polizia); il secondo un omicidio *preter-intenzionale;* ma pure *doloso:* la pravità è nella causa illecita dell'omicidio liberamente voluta. Imperocchè se egli non aveva la diretta intenzione di uccidere, sapeva però che era illecito scorrere all'impazzata per la città, per l'effetto possibile di omicidio: *danti operam rei illicitæ imputantur omnia, quæ contra voluntatem eius eveniunt.*

667. Abbiamo qui il *dolo indiretto.* L'*animus necandi* non era già nell'autore, ma in lui era la causa liberamente voluta, da cui poteva derivare e derivò diffatto la morte, *præter-intentionem.*

668. L'*animus necandi specifico,* quanto alla consumazione, non può essere escluso, nè dall'*errore della persona,* nè dalla *aberrazione del colpo:* (si aveva p. e. intenzione di sfregiare il volto e si è arrecata letale ferita).

Il reato si considera dal suo evento: si è *voluto ammazzare un uomo;* ecco ciò che importa per l'elemento morale, senza sentire il bisogno di distinguere se questi era Pietro o Paolo; *si è voluta la causa* che ha prodotta la morte, che ha prodotto l'effetto fatale, non è necessario avvertire al possibile deviamento del colpo.

L'*errore* o *eccesso,* potranno solo essere *circostanze attenuanti* e togliere anche la qualifica.

Taluno crede uccidere un estraneo, ed ammazza il padre; sarà reo di omicidio non di *parricidio.*

669. Secondo il terzo requisito, essendo indispensabile per l'obietto del reato una vita integra esistente, procede logica la conseguenza: che l'uccisione del feto non può dirsi omicidio, perchè la vita non esiste, finchè non è segregato il feto dall'alvo materno: abbiamo quindi un reato sui generis: *procurato aborto.*

È però questo reato non contro la famiglia, la quale

non è direttamente lesa; ma contro l'integrità *personale*, la quale, se non ha vita *autonoma*, vive di vita accessoria in *ventre matris* e le va data *tutela giuridica*.

Così non può dirsi *omicidio* l'offesa feroce ad un cadavere col proposito di uccidere, perchè non vi era l'*oggetto possibile* della uccisione. Tale atto potrà esser subordinato ai reati contro la pubblica amministrazione, oltraggiandosi il culto dovuto ai defunti.

670. Sorge quistione se per l'omicidio sia necessario non solo che l'infante *sia nato*, ma ancora che sia *nato vitale*.

Si avverte che dove la vita manchi, manca pure l'elemento essenziale all'omicidio, nè si può parlare di *violenta ademptio*.

Questo io credo un pregiudizio di scuola. Si è creato una definizione ed a questa si è subordinato il fatto: mutate la definizione, ma non falsate la natura delle cose.

Del resto io credo che per quanto lieve sia il filo della vita, lo strappo di questa contro il corso naturale è sempre una *violenta ademptio;* perchè la vitalità, rispetto all'omicidio, è da equipararsi alla vita.

671. Si fa questione sopra i parti mostruosi. Il *nato da donna è uomo;* se è bestia, lo dimostrerà il capo del neonato, siccome la sede dell'anima razionale. Dove dunque un neonato presenti in qualche modo figura d'uomo nel capo, la sua vita è inviolabile.

Difetti poi dell'animo non tolgono il carattere umano; epperò, l'imbecille, il demente, il furioso, sono soggetto passivo di reato; e non si ponno uccidere impunemente, se non nel caso di legittima difesa, di cui sopra.

672. Si fa questione del *suicidio*. Non è dubbio che entri esso pure nella definizione data dell'omicidio; e rispetto ai terzi, che partecipano al suicidio, non vale il *consen-*

tienti non fit iniuria; perchè non è l'uomo padrone della sua vita, ed il consenso non ha valore, dove non si può disporre di un diritto. Regge ancora, a mio giudizio, il principio proclamato da LEIBNIZ « non nobis tantum nati sumus, sed partem nostri sibi alii vindicant: Deus totum ». Facciamo astrazione da Dio, donde direttamente promana l'ordine morale (di cui del resto l'ordine giuridico è figliazione), e limitandoci al diritto (senza distinzione di diritti *innati* ed *inalienabili*, su cui cade giustamente controversia) è questo nel suo complesso un *quid* distinto dall'individuo, è (rubo la frase a un mio avversario) « la forza specifica dell'organismo sociale » (ARDIGÒ), che, se emana dall'*umanità,* al *cittadino* si impone.

673. La ragione poi, per cui si ammette la *impunità* del suicidio, è, secondo la *pietosa impressione popolare,* il supposto di uno stato di *mania* (riconosciuto pure dai fisiologi), quando l'uomo giunga a tal estremo da vincere l'istinto naturale della conservazione. Certo può darsi il caso, che non appaja alterazione morbosa dello spirito; ma un sentimento universale la dice *latente;* epperò anche dove la legge riconosce questo reato, il giurato abborre dall'applicargli la pena (così in Inghilterra); ed è appunto alla coscienza del giurato abbandonato il *criterio della imputabilità.* — Lo che dice che il sentimento non è tutto; ma è pure gran cosa, per stabilire il giudizio pratico dell'azione.

674. Crediamo dunque: che nessuna pena debba cadere sul suicida, nel supposto che colpirebbe un monomaniaco; riteniamo invece che si debba punire il *partecipe,* perchè a favore di costui non regge la ragione esclusivamente *personale* della monomania suicida.

675. L'omicidio è variamente *qualificato.*

La qualifica può essere dedotta dai rapporti di *sangue,*

come il *parricidio* = che propriamente sarebbe l'uccisione volontaria dell'ascendente, impropriamente quella del discendente e, secondo altri, anche del fratello e sorella (fratricidio) e del coniuge (coniugicidio: uxoricidio) =; può derivare dalla *debole età* dell'ucciso, donde l'*infanticidio,* il quale può essere commesso anche negativamente coll'abbandono dell'infante e va soggetto a modificazioni della pena in relazione alla madre, quando fosse illegittimo il parto (lo che può dirsi anche del procurato *aborto*, di cui retro N. 659); può risultare da circostanze diverse, sia la *premeditazione,* sia l'*impulso bestiale* per sevizie, donde l'*assassinio:* e come tale, per la sua *obbiettività giuridica,* è a considerarsi la *grassazione,* a torto nel Codice vigente collocata nei reati contro la proprietà; e finalmente la qualifica appare dal fine p. es. *omicidio per stupro* e dal *modo insidioso*, come, secondo la legge attuale, nel *venefizio.*

676. Io però non credo, che il veneficio si possa sempre definitivamente qualificare, per le incertezze che si danno in proposito nella tossicologia; e che, qualificato, escluda che sia commesso per *moto improvviso di animo.* Per ciò riterrei l'*uso* del veleno soltanto *circostanza aggravante,* di cui l'apprezzamento sia lasciato alla coscienza del giudice (V. retro *circostanze*).

677. Sogliono i prammatici annoverare le varie *cause,* che possono rendere più o meno *scusabile* un omicidio; noi non abbiamo che a richiamare l'applicazione dei principii generali esposti retro nel trattato della imputabilità.

Dietro questi sarà facile determinare l'*obbiettività* diversa di questo reato nell'*eccesso di difesa, durante una rissa,* nell'*impeto d'ira* o per *ingiusta provocazione,* sotto *prepotente dolore* o nella *flagranza di grave oltraggio,* ecc., ecc.

Anche rispetto al *concorso* di più persone in un omi-

cidio, non abbiamo che a richiamarci alle regole intorno alla *partecipazione*.

678. Così se è consumato l'omicidio in una rissa, tutti quelli che vi concorsero a colpire la vittima sono *coautori;* che se consti aver taluno inferta una ferita mortale e da questa esser provenuta la morte, sarà egli *autore principale*, gli altri saranno *complici*.

679. § 2. LESIONI CORPORALI. — Vi ha una gradazione avanti giungere all'uccisione; perocchè il corpo può essere variamente offeso = cagionandosi dolosamente un danno od un dolore =.

680. Badisi poi: che come danno è a ritenersi massimo la *perturbazione della mente*, ed anche la offesa morale.

681. Attenendosi come obbiettività giuridica alla perturbazione fatta al corpo, di cui la *mentale* è conseguenza, si può dall'effetto materiale distinguere questa in: 1.° *percosse* e *contusioni;* 2.° *ferimenti* e *mutilazioni;* 3.° *storpiature*.

682. La gravezza del male, donde l'entità del reato, si deduce specialmente dal *fatto*, se *transitorio* o *permanente;* e per il giudizio di questo fatto è debito ricorrere ai periti.

683. Le qualifiche e le scuse considerate nell'omicidio trovano anche in questo argomento la loro applicazione.

ARTICOLO SECONDO.

REATI CONTRO L'ONORE.

684. È questo l'argomento di maggior importanza morale; perocchè il patrimonio della buona fama è vitale al cittadino, e sopra di questo si fonda eziandio l'onore

della nazione, la quale non è altro che la *comunione* dei cittadini stessi.

La noncuranza quindi o il disprezzo della diffamazione diffonde lo scetticismo rispetto alla umana dignità e produce lo sfacelo morale e civile. Il *cura nomen tuum* è precetto evangelico e sociale.

Per ciò l'*ingiuria* (*contumelia, convicium, diffamazione, libello famoso*), era ed è severamente punita dai popoli civili.

685. Anche la nostra legislazione (*Codice penale e decreto sulla stampa* 26 marzo 1848) provvede a ciò, ma non a sufficienza.

Ragione questa, per cui i reati di stampa furono argomento di studii speciali anche degli italiani, fra i quali a ragion d'onore citiamo Bonasi e il nostro ottimo scolaro Avv. Manfredi (*Il diritto penale della stampa, Milano 1881*).

686. Noi pure ci siamo associati in questi studii, ed abbiamo pubblicato un lavoro (*La libertà di stampa moderata dalla legge* = Memoria dell'Istituto Lombardo 1881) di cui il sunto vale ad illustrazione di questo grave argomento.

687. Dopo aver dato un cenno bibliografico, abbiamo affrontata la questione, se *i reati di stampa debbono essere esclusi dal Codice penale e formare oggetto di una legge speciale,* alla quale questione rispondemmo *negativamente.*

Il Ministro Savelli fu del nostro avviso; ed introdusse oggi nel Progetto (1883) i reati di stampa pretermessi da Zanardelli (V. Buccellati: *Studii sul Progetto,* ecc.).

688. Sottoposto quindi ad esame critico il *Decreto 26 marzo 1848,* fra le norme *preventive,* abbiamo sostenuta la necessità di stabilire la vera responsabilità dell'autore e di abolire il *gerente*, siccome istituzione, che falsa il criterio morale della imputazione.

Anche questa riforma fu accolta dal Ministro Savelli nell'abbozzo di revisione *della legge sulla stampa.*

689. Discendendo poi alla classificazione dei reati per mezzo di stampa, abbiamo considerato: 1.° *quelli contro lo Stato;* 2.° *contro la religione;* 3.° *contro la pubblica morale;* 4.° *contro la pubblica amministrazione;* 5.° finalmente (ed è ciò che qui ci riguarda) *contro il privato.*

690. Dato dapprima il concetto del buon nome, a cui tutti hanno diritto, si è determinata positivamente l'offesa di questo, relativamente a *determinata persona;* si procedette quindi alla distinzione di *diffamazione* da *libello famoso,* risolvendo le seguenti quistioni.

691. 1.° *Quando e quale azione possa darsi contro questo reato?*

Si rispose che due sono le azioni, l'una *penale* e l'altra *civile;* e si dimostrò l'importanza della azione civile a riparazione dei danni, avvertendo, come si debba tener calcolo anche del *danno morale,* il quale può essere ragguagliato al valore pecuniario.

692. 2.° *Come verificarsi la prescrizione?*

In tempo *più breve,* in relazione alla natura del reato facilmente fuggevole. Così per il libello famoso la prescrizione può darsi dopo un anno, per la diffamazione verbale dopo tre mesi.

La prescrizione penale però non deve avere alcuna influenza sopra l'azione civile, se questa fu intentata distintamente.

693. 3.° È ammissibile l'*exceptio veritatis?*

Certo che ciascuno ha diritto di esprimere la verità; ma *non di offendere il domicilio segreto* della vita privata.

La diffamazione consiste nella *divulgazione* o pubblicità di un fatto, « che potrebbe dar luogo ad un procedimento penale contro l'offeso ed esporlo al disprezzo e all'odio

pubblico ». In ciò vi ha l'*animus iniuriandi* e non già nella falsità del fatto, che si attribuisce (*calunnia*).

Per ciò crediamo giusto escludere a giustificazione la *verità del convicio;* e quindi la riserva fatta al diffamato di concedere al diffamatore la prova dell'asserto.

Altra eccezione o riserva ponno darsi: 1.° quando l'offeso sia pubblico ufficiale; poichè gli atti di questo sono soggetti a pubblico giudizio; 2.° quando sull'oggetto della diffamazione è iniziato processo penale.

694. 4.° *Pena della diffamazione.*

Alla pena principale, *detrazione di libertà,* è necessità aggiungere, come accessorio, la pubblicazione della sentenza, ed altri rispettivi rimedii, come *ritrattazione, domanda di perdono, dichiarazione di onore* e via via.

695. Ad esaurire l'argomento rimane aggiungere le seguenti idee: 1.° la differenza fra diffamazione ed oltraggio, di cui retro: per l'oltraggio non si esige solo la qualifica di pubblico ufficiale, lo che può darsi anche nella diffamazione; ma anche che il reato sia commesso, quando l'offeso è nell'esercizio delle sue funzioni; 2.° le cause di diminuzione (*provocazione*), ed anche di *esenzione* per *compensazione,* per *difesa in giudizio, quando poscat utilitas litis* (*cum moderamine,* ecc., ecc.); 3.° l'*ingiuria contro i defunti* perseguitata dalla famiglia; l'azione lasciata in balia ai diffamati, quindi *querela di parte.*

Queste sono le idee, che altrove abbiamo largamente esposte rispetto alla lesione di onore od ingiuria e qui pure troverebbero la loro sede.

696. *Diritto romano.*

1.° Reati contro l'integrità corporale.

a) *Omicidio.* Dalle 12 tavole era punito colla morte (VIII 25, 2 Schöll), se però v'era stato dolo (cfr. VIII 24, Sch.). Una severa legge contro questo reato fu la famosa

lex Cornelia de sicariis et veneficiis, che rimase a fondamento della successiva legislazione e giurisprudenza. Per l'omicidio degli schiavi e per l'omicidio colposo di persone libere restava la *lex Aquilia.* È anzi a notarsi questa cura di distinguere nell'omicidio a preferenza che in ogni altro reato il dolo e la colpa, nè solo nella legislazione romana (XII tavole: *si telum fugit magis quam iecit.*), ma già nella mosaica (2 Mos. 21, 12 sq. — 4 Mos. 35, 16 sq. 20 sq. 5 Mos. 19, 3 sq.).

La pena era la deportazione e fu poi sotto l'impero la morte. Il dolo indiretto era punito di solito con non minore gravità. La *lex Cornelia* parificava alcuni casi di tentativo materiale al reato consumato: in ispecie l'*ambulare cum telo hominis necandi causa.* Che però in alcuni casi di dolo indiretto la pena fosse minore, lo provano molti passi delle Fonti e specialmente la notissima decisione di Adriano a proposito di Tauro Statilio.

Bisogna che l'ucciso sia *persona.* Il procurato aborto è considerato come un reato *sui generis* punito con pena *extra ordinem* (*relegatio*) dopo un rescritto di Sevèro e Antonino; ma solo nel caso che per esso la donna defraudi di prole il marito. Esso è quindi impunito se avviene consenziente il marito o fuori di matrimonio. Del resto pene *extra ordinem* furono comminate contro i venditori di filtri amatorii e abortivi « *res mali exempli* » (cfr. D. 47, 11, 4. 48, 19, 39). Lo schiavo non può essere oggetto di omicidio: uccidere il servo e il bue altrui val lo stesso, si tratta di risarcire il danno *ex lege Aquilia.* Sotto l'impero furono però sanzionate massime più rigorose.

Come qualifica di speciale gravità viene considerata già nella *lex Cornelia* il *venificium.*

Il *parricidium* (ristrettivamente agli ascendenti o ai discendenti) era punito fin da' tempi preistorici coll'or-

ribile pena del *culeum*. Questa pena fu sospesa sotto la repubblica e, secondo Giustiniano, colla *lex Pompeia de parricidis* (cfr. *Inst.* 4, 18, 6), tornò in uso l'antico e barbaro castigo che i giuristi degli ultimi tempi ci descrivono con una peculiare compiacenza. Esso si spiega come modo di estirpazione di un *prodigium* (cfr. VOIGT, *XII Taf.* I.).

È certo — mi pare — non ostante le contrarie asserzioni del WÄCHTER, che in Roma, di solito fosse punito il suicidio. Si distingueva se esso era stato commesso o tentato per una causa di speciale turpitudine (in particolare per sottrarsi a un processo o ad una condanna) o solo per tedio della vita e per impazienza del dolore. In quest'ultimo caso era punito più gravemente in quelle persone, che avevano per così dire un dovere più speciale di conservare la propria esistenza (p. es. i soldati); e forse era affatto impunito negli altri. Certamente era considerato come atto detestabile nella maggioranza de' casi e lo provano i divieti di sepultura negli Statuti de' Collegi funerari (FERRINI, *Jus sepulcr.*, pag. 22).

Non dubitiamo per altro che fosse punita la partecipazione al suicidio altrui.

In quanto alle cause poi dell'omicidio non abbiamo che a riportarci ai principii generali. La pena p. es. era ridotta alla semplice relegazione pel marito, che in un impeto di giusto dolore avesse ucciso il drudo della moglie. Quest'esempio ripetuto ogni istante nelle Fonti deve essere considerato come tipico.

Lesioni corporali. — Nella legge delle 12 tavole le troviamo sotto il nome di *iniuria* punite così (Tav. VIII).

Mutilazione = pena *talione*
rottura di un osso = pena 300 assi
offese meno gravi = pena 25 assi.

L'editto pretorio accordò poi un'azione speciale, in cui

la somma da pagarsi dal reo era proposta dall'attore e approvata o ridotta, dopo conveniente esame, dal pretore. In certi casi si poteva agire anche *ex lege Aquilia.* Nella stima del danno si abbondava, comprendendo anche gli effetti mediati della ferita purchè ne derivassero certamente. La *lex Cornelia* poi introdusse per le ingiurie reali pene assai più gravi. La pena del *taltone* era già caduta da un pezzo prima della fine della repubblica.

Reati contro l'onore. — In Roma si fu in questo riguardo sempre severissimi. Già le XII tavole comminavano la fustigazione e l'infamia (secondo AGOSTINO forse anche la perdita della cittadinanza) contro l'autore di un libello famoso: « si quis malum carmen occentassit, quod iniuriam ferat flagitiumve alteri ». La qual legge pare durasse fin sotto l'impero e la ricorda Orazio come uno spaventacchio de' poeti satirici. L'*editto pretorio* e la *lex Cornelia de iniuriis* estesero molto il concetto dei reati contro l'onore. Non solo entrarono in questa categoria la contumelia, il convicio, ecc.; ma ogni atto diretto a offendere l'onore altrui. Quindi il percuotere un servo in disprezzo del padrone, il trattare come fallito chi era ancora solvente, il fingere debitore chi non l'era, l'allontanare la *guida* da un giovanetto o da una fanciulla onorata (il che dava luogo a pensare sinistramente), il seguire una matrona o una donzella in modo da richiamare l'osservazione del pubblico, peggio poi se proferendo cose sconvenienti, erano considerate ingiurie. Ne' casi più gravi si poteva agire *ex lege Cornelia:* sempre poi ottenere mediante l'azione pretoria un compenso pecuniario, secondo la proposta dell'offeso, approvata o moderata dal giudice. La stima dipendeva dal modo, dal luogo, dal tempo dell'ingiuria, dalla persona dell'ingiuriatore e dell'ingiuriato. Alle volte l'ingiuria fatta a una persona

dava diritto a parecchie di agire: così se io ingiuriavo un figlio di famiglia, poteva agire egli stesso e il padre suo, sul quale l'onta in certo modo si riverberava. Se veniva ingiuriata una filiafamilias ammogliata, poteva agire tanto ella, quanto il padre, quanto il marito. Ci siamo diffusi su questo argomento, perchè crediamo che vi sia molto da imparare e da imitare in questo proposito dai Romani.

Era concessa l'*exceptio veritatis?* Le Fonti rispondono affermativamente, quando la rivelazione dei delitti occulti sia fatta per uno scopo giusto e per il pubblico vantaggio: in questo senso dicono « peccata nocentium nota esse et oportere et expedire » D. 47, 10 18 fr. Il perdono espresso o tacito dell'offeso estingue il reato, nè può l'offeso pentitosi del perdono tornare all'accusa.

CAPITOLO OTTAVO.

REATI CONTRO LA PROPRIETÀ.

BIBLIOGRAFIA.

Bonifacius, *De furtis*. 1590. — Müller, *De furtis*. 1769. — Schott, *De furto ex necessitate commisso*. 1772. — Walch, *De furto fame dominante facto*. 1789. — De Simoni, *Del furto*. 1823. — Ekhard, *D[illegible]na furti*. 1798. — Id., *De furti notione*. 1806. — Kleinschrod, *De furti notis characteristicis*. 1790. — Steltzer, *De furibus armatis*. 1792. — Salchow, *De furtis*. 1809. — Beck, *De uera furti consummatione*. 1810. — Luden, *De furti notione secundum ius romanum*. 1831. — Dolman, *Der Diebstahl* (il furto). 1834. — Rosshirt, *Begriff, etc.* (Nozione del furto nel diritto romano e germanico) nell'*Archiv für Criminalr.* III, 73. — Waechter n l *Rechtslexicon* di Weiske, III, 354. — Handiery, *De fur-*

tis. 1837. — Lucas, *Du vol.* 1859. — Verneseo, *Du vol.* 1860. — Laval, *Du vol.* 1861. — Mill, *De natura furti ex iure romano.* 1865. — Lalain Chomel, *De furtis.* 1869. — Molinier, *De la repression du vol.* 1869. — Desjardins, *Traité du vol dans le droit romain.* 1881. — Bachem, *Der Unterschied zwischen Furtum des R. R. und Diebstahl des deutschen SGB.* (Differenza tra il *furtum* del diritto romano e il furto del codice penale germanico). 1880. — Trotz, *De termino moto.* 1730. — Müller, *De crimine termini moti.* — Leyser, *De stellionatu.* 1733. — Van Eck, *De crimine stellionatus.* 1723. — Kruger, *Ueber die Lehre, cet.* (Studi sulla dottrina della frode). 1816. — Cucumus, *Programm, cet.* (Programma sulla teoria della frode). — Madai, *De stellionatu.* 1832. — Birnbaum nell'*Archiv f. Criminalr.* 1834. — Fischer, *De crimine stellionatus.* 1859. — Orltoff, *Lüge, cet.* (Mendacio frode e falso). 1862. — Merkel, *Lehre, cet.* (Teoria della frode punibile). — Wehr, *Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni.* 1759. — Pernice, *Sachbeschädigungen* (Danneggiamento delle cose). 1867 — Griesinger, *Nachdruck* (Contraffazione). 1823. — Ortloff, *Das Autor. und Verlagsrecht als strafrechtlich zu schützendes Recht* (I diritti d'autore ed editore da proteggersi penalmente). 1861. — Id., *Die Theilnahme an dem Vergehen der Verletzung des litterarisch-artistichen Eigenthums* (La partecipazione al reato di lesione della proprietà letteraria e artistica). 1861. — Id., *Der strafrechtliche Schutz des Urheber-und-Verlagsrechts* (Protezione penale dei diritti d'autore e di editore). 1862. — Id., *Die einzelnen strafrechtlich zu verfolgenden Verletzungen des Autor-und-Verlagsrechts* (Le singole lesioni del diritto d'autore ed editore da perseguirsi criminalmente). 1861–62 — Questi scritti dell'Ortloff comparvero prima in diversi giornali giuridici tedeschi. — Witzleben, *Das Norddeutsche Bundesnachdrucksgesetz* (La legge sulla contraffazione libraria della confederazione tedesca del Nord) nel giornale *Deutsche Vjschrift*, 1, 68. — Dahn, *Zur neusten deutschen Gesetzgebung über Urheberrecht* (Sulla recentissima legislazione tedesca sui diritti d'autore) in Behrend's, *Zeitschr.* V, 1 sq. — Dambach, *Die Gesetzgebung des Nordd. Bundes, cet.* (La legislazione della confederazione tedesca del Nord sui diritti d'autore). 1871. — Id., *Einige Bemerkungen zur Lehre von den Urheberrechte* (Osservazioni sulla teoria de' diritti d'autore) in Behrend's, *Zeitschr.* VI, 51. — Id., *Wider den Nachdruk* (Contro la contraffazione). 1872. — Heydemann, *Der internationale Schutz des Autorrechts* (La difesa internazionale de' diritti d'autore). 1873. — Ancora importante è poi il vecchio Pütter (*Büchernachdruck*, Contraffazione

libraria). 1774. — GAMBASTIDE, *Traité théorique et pratique des contrefaçons.* 1837. — RENOUARD, *Traité des droits d'auteur.* 1839. — BLANC, *Traité de contrefaçon.* 1855. — MAUGHAM, *A treatise on the law of literary property* (Trattato sulla legge intorno alla proprietà letteraria). 1828. — GODSON, *A pratical treatise on the law of patents for invention and copyright* (Trattato pratico sulla legge de' brevetti per invenzione e il diritto d'Autore). — MANCINI, *Proprietà letteraria.* 1841. — TURCHIARULO, *Id.*, 1857. — DANVILA Y COLLADO, *Propriedad literaria.* 1882.

ARGOMENTO.

697. *Attività patrimoniale*: requisiti perchè questa possa dirsi offesa. — 698. Elemento morale di questo reato. — 699. Distinzione di questo reato avanti il codice penale. — 700. *Furto:* requisiti. — 701. Elemento essenziale: *amotio rei alienæ* con violenza. — 702. *Amotio.* — 703. *Contrectatio.* — 704. Offesa *parziale* alla proprietà. — 705. Conseguenza del principio: il furto consiste nello *spostamento della sfera patrimoniale altrui.* — 706. Coscienza del possesso legittimo. — 707. Diritto alla propria esistenza. — 708. Furto fra i conjugi ed intimi parenti. — 709. Qualifiche del furto: il *valore.* — 710. La *persona.* — 711. Il *tempo.* — 712. Il *luogo.* — 713. Il *mezzo.* — 714. L'*oggetto.* — 715. Il *numero* degli agenti. — 716. Il furto con *violenza materiale.* — 717. *Depredazione.* — 718. *Grassazione* e *rapina.* — 719. Distinzione fra la *estorsione* e la *contrectatio.* — 720. Elemento specifico di questo reato. — 721. Nozione della lesione della proprietà *intellettuale.* — 722. Concetto della *frode.* — 723. Elementi e requisiti di questo reato. — 724. *Abuso di confidenza* e *appropriazione indebita.* — — 725. *Ricettazione* di persone e di cose. — 726. Intima parentela di questo reato col furto. — 727. Requisiti. — 728. *Ricatto.* — 729. *Danneggiamento.* — 730. Specificazione di questo reato. — 731. Diritto romano. — 732–733. Conclusione di tutto il trattato.

ARTICOLO PRIMO.

ATTIVITÀ PATRIMONIALE.

697. Il diritto penale presuppone una norma, la cui infrazione costituisce il reato.

Qui la norma comunemente riconosciuta = è l'*inviolabilità della proprietà* o della cosa, che appartiene alla persona, come a lei aderente. =

Questa *adesione della persona alla cosa* costituisce la *attività patrimoniale;* ed ogni aggressione è una menomazione del patrimonio stesso.

Non ogni menomazione però costituisce per sè reato; ma vi si esige il *dolo* e la *violenza* o la *frode: aut vi aut fraude delinquitur.*

Per ciò primo requisito, per costituire questo reato è la coscienza della proprietà altrui, che, *invito domino,* si cerca di far sua (V. 706).

L'adesione della personalità alla cosa (per cui soltanto entra questa in una singolare attività patrimoniale), è il fatto presupposto, contro il quale si dànno gli sforzi illegittimi, per appropriarsi la cosa stessa.

Renzo trova due pani, e quando è all'osteria, per togliere il dubbio, che fossero rubati, avvisa appunto d'averli avuti *gratis et amore.* « Ma, soggiunse subito Renzo, non vorrei che lor signori pensassero male. Non è ch'io l'abbia, come si suol dire sgraffignato, l'ho trovato in terra; e se potessi trovare anche il padrone, son pronto a pagarglielo » (*P. Sp.,* Cap. XV).

698. Noi non siamo obbligati indagare il *titolo della proprietà,* se l'*occupazione* (Cicerone, Grozio, Hobbes, Gravina, Rosmini), se il *lavoro* (Romagnosi, Ahrens, Thiers, Beit), se la *legge* (Montesqieu, Blakstone, Toullier, Robespierre, Saint-Just), se la *convenzione* (Kant, Zeiller); ma basti notare: che vi ha l'adesione della cosa alla persona (attività patrimoniale); ed il turbamento di questo fatto naturale garantito dalla legge costituisce *reato* di *furto* e congeneri *(rapina, truffa, appropriazione indebita).*

Così considerata la proprietà avanti al codice penale,

trova necessariamente questo diritto un grande temperamento nella equità naturale; imperocchè non è più la signoria che predomina ogni diritto, ma la personalità nel suo genere, che modera il diritto di signoria: da ciò il riguardo al *diritto di necessità* (V. avanti 707) ed il fatto che in relazione colla civiltà, vanno diminuendo le pene comminate a questi reati.

699. Soglionsi questi distinguere in *furto, appropriazione indebita, frode* o *truffa, danneggiamento.*

ARTICOLO SECONDO.

FURTO.

700. = Chiunque, senza il consenso del proprietario, s'impossessa di una cosa mobile altrui, togliendola dal posto, ove si trova, per farne lucro, commette il delitto di furto. = (*Cod. tosc.*, art. 374, § 1).

Requisiti quindi del furto sono: 1.° che l'atto avvenga *invito domino;* 2.° che la cosa sia *mobile:* che, se cade sopra immobili, *mozione di termini* o *deviamento doloso di acque,* abbiamo l'*usurpazione,* il cui titolo è la *violenza,* o l'*arbitrario esercizio delle sue ragioni;* 3.° che la cosa sia d'altri: *res aliena;* 4.° che avvenga un tramutamento di possesso (*contrectatio*), *ad se trahere contra ius* (carattere differenziale dalla estorsione, v. avanti); 5.° per fine di lucro: *lucri faciendi causa.*

701. Il fatto materiale consiste nella *amozione* o spostamento della cosa *invito domino.*

702. *Amotio.* Questo fatto basta, senza sentire il bisogno che la cosa *materialmente* entri nella sfera patrimoniale del ladro. Quando questi la smuova dal legittimo possesso altrui per farla propria, aderisce naturalmente

alla sua persona e quindi entra nella sua sfera patrimoniale.

Nè importa provare il diritto di proprietà in colui, che possiede: *possideo quia possideo;* anche la cosa derubata può essere oggetto di secondo furto.

703. Che se taluno è già detentore e non consegna la cosa al proprietàrio, non vi ha *contrectatio,* e quindi non furto, ma *appropriazione indebita.*

Nè vi ha *contrectatio,* quando non vi ha padrone: *re nullius* o *res derelictæ.*

L'appropriazione quindi della cosa trovata, costituisce un'appropriazione indebita, non un furto.

704. L'offesa poi al diritto patrimoniale, può essere anche *parziale,* come nel mezzadro, nel coerede o in altri che si impossessano *fraudolentemente* della parte dovuta al socio.

705. Quanto al momento consumativo, noi abbiamo detto che questo stia *nello spostamento della sfera patrimoniale;* e siccome la sfera patrimoniale è la persona od un proprio rappresentante qualunque, così consegue: che quando la cosa sottratta è rimessa al legittimo possessore, prima che questi si accorga della sottrazione, il *furto non può dirsi consumato.*

706. Il dolo presuppone la coscienza di agire contro diritto; epperciò, ogniqualvolta si crede in buona fede di potere impossessarsi di una cosa perchè *la si crede propria* e non d'altrui, o perchè si ha ragione *di ritenere il consentimento del padrone della cosa,* non vi ha *furto;* se la si crede di nessuno (*res nullius*) vi sarà *appropriazione indebita,* dove le leggi stabiliscono a chi competa la cosa trovata.

707. La coscienza del diritto alla propria esistenza è superiore alla coscenza del diritto altrui?

Razionalmente non dubitiamo rispondere di sì, e quindi riteniamo: che la fame escluda il reato di furto.

Praticamente però il principio trova l'applicazione soltanto in *furti lievissimi di derrate alimentari,* sotto la forza di un istinto, a cui non si può resistere.

708. Sussiste il furto fra coniugi ed intimi parenti? « Sì, quando vi ha distinzione di proprietà; in caso diverso abbiamo *appropriazione indebita* ». Nell'interesse però del decoro e della quiete delle famiglie si subordinano questi reati alla *querela di parte.*

709. Due classi di furto si distinguono: il *semplice* ed il *qualificato.*

La qualifica deriva dal *valore,* il quale del resto razionalmente non può essere *numericamente* determinato, essendo l'entità stessa del valore, dipendente da altre circostanze concomitanti:

710. dalla *persona,* quando questa abbia intimi rapporti col derubato: come *domestico, ospite, locandiere, operaio* e qualunque persona, che si vale della prestazione di un'opera o di un servigio, per effettuare un furto;

711. dal *tempo,* cioè di notte *fures nocturni,* e in caso di *pericolo* o grave *calamità,* incendio, inondazione, contagio, ecc.;

712. dal *luogo:* se luogo *sacro* o *profano, pubblico* o *privato, abitato* o *deserto;*

713. dall'*allarme* per il mezzo: se con *rottura, scalata, armi, minaccie* o *violenza morale;*

714. dall'*oggetto:* se cose *sacre* (l'antico sacrilegio), se *cose dello Stato* (vedi retro *peculato*), se *furto di bestie* in aperta campagna (*abigeato*);

715. dal *numero* degli agenti: se cioè commesso da una o più persone.

ARTICOLO TERZO.

FURTO VIOLENTO.

716. La violenza materiale dà al reato di furto un carattere particolare, che lo subordinerebbe ai reati contro le persone, se la violenza stessa (quantunque costituisca l'elemento massimo della criminosità) non venisse, come accessorio, al reato di spogliazione.

717. Il concetto generico della violenza è indicato ordinariamente col nome di *depredazione,* e secondo la sua gravità incontra la distinzione di *grassazione* e *rapina.*

718. = La grassazione avviene ogni qualvolta col furto o immediatamente prima o dopo allo scopo di agevolare il furto stesso si commettono *omicidii, o gravi lesioni corporali* =; la *rapina* in ogni altro caso di violenza materiale concomitante al furto.

Nella grassazione o *ladrocinio,* la lesione al diritto di proprietà non è che circostanza aggravante alla lesione di un diritto poziore; epperò questo reato è subordinato al titolo contro l'*integrità personale.*

719. La rapina od *estorsione* se concorre col furto, perciò che il fine è identico ed identico è l'oggetto della violazione, presenta un singolare distintivo, inquantochè, nel furto si esige, come sopra si vide, la *contrectatio;* mentre qui abbiamo una consegna fatta dal possessore stesso della cosa, quantunque sotto minaccia o timore.

720. L'elemento specifico di questo reato è la *intimidazione,* o coazione esercitata, la quale deve essere misurata relativamente alla persona, su cui cade.

ARTICOLO QUARTO.

FURTO O LESIONE DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE.

721. Manzoni in una sua lettera a Boccardo argutamente avvisa alla *così detta* proprietà intellettuale.

Checchè ne sia del nome, nessuno certo contrasta il diritto di possedere il frutto del proprio lavoro; e quindi il reato di furto in colui, = che viola il patrimonio dell'intelligenza, il quale si risolve anche in una proprietà materiale. =

Certo che il frutto dell'intelligenza non è tutto dovuto all'individuo, ma ancora alla società, donde attinse la ispirazione; epperò la proprietà stessa non è esclusiva, la legge ne determina giustamente i limiti e il codice penale può sovvenirvi con estrema sanzione, quando, con violenza o con frode, siasi arrecato turbamento a questo istituto.

Ciò vale per ogni opera intellettuale e quindi non solo a guarantigia delle opere scientifiche, letterarie, artistiche, ma ancora delle *invenzioni e privative industriali.*

ARTICOLO QUINTO.

TRUFFA.

722. = La *frode,* quando abbia per iscopo di manomettere l'altrui proprietà affine di procurarsi un guadagno illegittimo, prende il titolo di *truffa.* =

723. Elemento di questo reato è l'*inganno* o l'offesa all' altrui buona fede; vuolsi però ben manifesto il dolo, dappoichè l' effetto naturale di questi atti appartiene al

codice civile: la *riparazione del danno*. Il mendacio, a mo' d'esempio, non è sufficiente a costituire la frode; ma si esigono macchinazioni, maneggi ed artifici, per cui non il credulo, ma l'uomo prudente possa rimaner sorpreso dall'inganno; *magna ed evidens callididas;* e vuolsi ben designato *il lucro illegittimo della cosa altrui.*

ARTICOLO SESTO.

ABUSO DI CONFIDENZA, APPROPRIAZIONE INDEBITA.

724. Anche questo reato, molto affine alla frode, assai difficilmente si può determinare; e già vagamente subordinato al reato di falso o di frode, oggi si limita: *a*) all'*abuso* o doloso riempimento di *un foglio* affidato *in bianco* colla sola sottoscrizione; *b*) ed *alla appropriazione indebita* (V. retro 703-706) o *stornamento di cose affidate,* consumando, dissipando, alienando, o in qualsiasi modo convertendo in uso proprio e con danno del legittimo possessore oggetti consegnati con obbligo di farne un uso od impiego speciale.

ARTICOLO SETTIMO.

RICETTAZIONE.

725. Parlando sopra del concorso ai reati abbiamo avvertito, come dalla compartecipazione si distingua il *favoreggiamento,* il quale può riferirsi alla *ricettazione dei delinquenti* ed alla *ricettazione di cose* di illegittima provenienza senza alcuno antecedente rapporto.

726. La seconda figura di questo reato ha somma af-

finità col reato di furto, per il fine e per l'oggetto e si distingue per difetto della *contrectatio*.

727. Requisiti di questo reato sono: 1.° che sia precedentemente consumato un reato contro la proprietà, senza alcun rapporto volitivo col reato stesso; 2.° che appaia la coscienza della criminosa origine dell'oggetto, per la inosservanza delle regole positive a ciò determinate dalla polizia, e per il modo stesso occulto ed insidioso, con cui si acquisti e si detenga la cosa sospettà.

ARTICOLO OTTAVO.

RICATTO.

728. Questo reato consiste = in una violenza per obbligare altri a dare l'indebito =.

Questa violenza può essere in vario modo esercitata col sequestro di persona, con duello, colla stampa e dà origine a reati considerati retro in questi varii titoli.

Se qui si fa un cenno, è solo per l'identità dello scopo col furto.

ARTICOLO NONO.

DANNEGGIAMENTO.

729. Altrimenti è a dirsi del reato di danneggiamento. Questo è pure una lesione del diritto di proprietà ed in particolare degli *immobili;* ma non allo scopo di lucro, sibbene per spirito di vendetta o di brutale malvagità.

730. In questi reati vuolsi ben avvertire al *dolo specifico* e alla *natura dell'atto,* quando, avendo pure di mira l'offesa all'attività patrimoniale, si pone a pericolo anche la integrità corporale, come nell' *incendio, innondazione,*

naufragio, deviamento di treni, non che la fede pubblica e il commercio, come nel *taglio* o *deviazione* o *rovina* qualunque dei *fili telegrafici* e dei *telefoni* (damnum iniuria datum).

721. *Diritto romano. — Reati contro la proprietà.* Ne' primi tempi di Roma il concetto di furto era molto lato e tale restò sempre, malgrado parecchie restrizioni e rettificazioni. Sul principio dell'impero fu abbandonata l'opinione dei *ueteres,* che si desse furto anche delle cose immobili: altri reati come l'*infitiatio depositi* e simili vennero distinti. Il furto è però sempre qualunque « contrectatio fraudulosa rei alienæ »; il concetto restrittivo « lucri faciendi causa », che si trova nella definizione teorica, in pratica non è mantenuto. Ond'è che reo di furto non è solo chi « amouet rem alienam », ma chi, avendo la detenzione della cosa altrui, ne dispone contro la volontà del padrone. Non è quindi neppur necessaria l'intenzione di servirsi della cosa come di sua proprietà; basta un abuso qualsiasi. Colui, che si era fatto dare in prestito un cavallo per recarsi ad Aricia e ivi giunto prolungò alquanto la sua cavalcata, fu condannato di furto. Il furto è quindi *rei* se il reo intende appropriarsi la cosa; *usus* se intende solo usarne contro la volontà del padrone; *possessionis* se intende arrogarsi un possesso, che non gli compete. In quest'ultimo senso anche il padrone può commettere *furto della propria cosa.* Il creditore pignoratario ha un aliquale possesso del pegno; se il proprietario lo sottrae, commette un *furtum possessionis.*

Il furto si distingueva in *manifesto* e *non manifesto.* Manifesto era il furto, se il ladro veniva colto sul fatto o prima che portasse la cosa al luogo destinato. La pena del furto manifesto era il quadruplo del prezzo della cosa rubata (oltre la restituzione di questa); la pena del furto

non manifesto era il doppio. La ragione di questa distinzione pare che consistesse nell'offesa maggiore, che ha il furto commesso sotto gli occhi del proprietario. A queste pene si aggiungeva l'infamia. Più tardi si cominciarono a punire alcuni furti qualificati e poi tutti *extra ordinem*. Trattandosi di furto semplice poteva però sempre il derubato optare fra l'azione pecuniaria e la criminale. Furti qualificati sono già nelle 12 tavole il *notturno* e quello *campestre;* nei Digesti ne troviamo specificati molti, che ora non giova riferire.

Già presto si distinse dal furto la grassazione (*rapina*) e specialmente s'ebbe in vista la violenza e l'offesa personale dello spogliato. Il pretore Lucullo inserì nell'Editto la disposizione, per cui sarebbe stato condannato alla restituzione del triplo il grassatore entro l'anno dall'avvenuta grassazione.

Ma a ben più gravi pene fu poi soggetta la grassazione specialmente se compiuta *armata manu* (del resto intendevasi dai giuristi per *arma* ogni oggetto atto ad offendere), in forza delle due leggi Giulie *de vi publica* e *de vi privata*. (*Inst.* 4, 18, 8 cet.)

La *truffa*, l'*abuso di confidenza*, ecc., cadono spesso nel diritto romano sotto il concetto di furto o sono perseguibili coll'*actio doli*. Durante l'impero si stabilisce il *crimen extraordinarium stellionatus*, sotto il qual nome si comprende generalmente ogni frode e ogni inganno per carpire l'altrui. L'*actio stellionatus* acquista, per testimonianza d'ULPIANO, nel diritto penale quella funzione, che pel diritto civile è esercitata dall'*actio doli*.

La *ricettazione* è punita talora come *furto:* una speciale figura assume la ricettazione de' servi fuggitivi, i quali venivan pur considerati come ladri di sè stessi.

CAPITOLO NONO.

CONCLUSIONE.

732-733. Sulle traccie di recenti autori ed in particolare di CARRARA (*Programma - Parte speciale*), di PESSINA (*Elementi di diritto penale,* volume II), di HOLTZENDORFF (*Handbuch,* vol. II), ecc., abbiamo delineate *razionalmente* le varie specie di reati, oggetto di un Codice penale. Fu nostro intento, come avviene oggi nel Progetto italiano (*Relazione* ZANARD., p. XVIII), la ricerca dell'*obbiettività giuridica* delle infrazioni delittuose; e questa, se mal non mi appongo, appare tanto dalla *classificazione* seguita che dalla *descrizione* dell' elemento materiale dei reati; poichè l' elemento *morale,* argomento di studio precedente è naturalmente presupposto, reggendo il principio = non vi ha reato senza dolo; e dove questo non sussista, non abbiamo che una contravvenzione di polizia, riserva fatta dei casi dubbi o della colpa *quasi dolo*, che deve essere esplicitamente nei singoli casi determinata dal codice. =

Da ciò due conseguenze: 1.° che la descrizione dei reati in ispecie, per quanto esatta, è sempre naturalmente *incompleta,* avendo sempre a supporre l'*indefinito* elemento morale; 2.° che passo passo al codice penale deve seguire il codice di polizia punitiva, potendo tutte le singole azioni, considerate come reato, prendere anche l'aspetto di contravvenzione per *deficienza* dell'elemento morale o del dolo.

Questo discernimento è l'opera più difficile nella compilazione di questo trattato; e noi, nonostante la brevità di forma in confronto alla legge vigente ed anche ai progetti,

abbiamo la coscienza di avere allargati i confini in modo da non temere, che sia pretermesso alcun reato possibile; sì che non patisca eccezione il principio della *reintegrazione dell'ordine giuridico.*

Certo, chi raffronta questo trattato coi codici (e sono la più parte in Europa), che derivano dalla casistica francese, ispirata solo al principio dell'intimidazione, può patir scandalo, per l'esclusione fatta di molte azioni considerate tuttora *crimini* o *delitti;* ma non è da questo lato a considerarsi la questione e devesi invece avere l'animo sciolto da ogni preoccupazione legislativa. Di che abbiamo pure luminoso esempio anche in *ordine positivo* dai compilatori del *codice di Zurigo,* i quali, con meno della metà di paragrafi di quelli che siano nel nostro codice gli articoli, compirono la difficile impresa proponendosi realmente ed esclusivamente « lo scopo di proteggere l'*ordine giuridico* dello Stato e i principii fondamentali della società contro le *ingiuste aggressioni,* per guisa che mediante il miglioramento del colpevole vengano diminuiti anco i delitti... e ciò nel modo il più semplice ed alla portata dell'intelligenza comune » (Brusa, *Codice penale Zurighese,* p. 27).

TRATTATO QUINTO.

DELLA PENA.

—

ARGOMENTO.

734. La pena conserva tuttora il concetto primitivo di *retribuzione* e si limita alla *carcere*. — 735. Ragione di questo limite. — 736. Della nuova scienza carceraria e fonti di questa: imminente congresso penitenziario a Roma. — 737. Importanza di questo trattato e programma.

INTRODUZIONE.

734. *Pena,* parola, di cui più avanti proporremo l'etimologia, serba tuttora il primitivo significato di « *retribuzione* » conseguente al reato.

Questa retribuzione si svolge in relazione al processo dell'umano incivilimento; e col progresso delle scienze sociali coordina logicamente e concreta così il ricco patrimonio idealmente raccolto, da costituire la domane una scienza singolare, distinta affatto dal diritto penale: la *scienza carceraria.*

735. Come mai il concetto di pena si limitò alla carcere?

Incontreremo la risposta nella definizione della pena stessa. Intanto giovi rammentare: che già da mezzo secolo circa CARMIGNANI avvertiva: « l'imprigionamento col la-

voro doversi considerare come pena per eccellenza nelle società civili » (*Elementi di diritto penale,* tom. II, pagina 158); e soggiungeva: (loc. cit., pag. 157) « egli è indubitato, che alla giustizia fondata sul patibolo è chiamato a subentrarvi il *sistema penitenziale*, come alla legge della *forza,* che dominava la società nel passato, sottentra la legge della *ragione* e della *giustizia* ».

726. Questa nuova scienza, che oggi si va erigendo, ritrae i suoi materiali da quasi tutto lo scibile; imperocchè, se riconosce come fonte prima e *razionale* l'antropologia, nel più ampio significato (l'uomo fisico e morale), attinge gli elementi *positivi* dalle scienze politiche, dalla storia, dalla statistica, dalla fisiologia, dall'igiene e perfino dalla scienza di costruzione. E queste svariate e difficili ricerche, debbono mirare e far centro al voto dei *congressi* penitenziari, i soli ritrovi di questo ordine, che rappresentano una efficace attività; perchè al movimento intellettuale e morale (V. specialmente *Le Congrès Pénitentiaire international de Stockholm*, Tom. 2, 1879) contrappongono essi, quale pietra di paragone per accettare le *norme* proposte, l'autorevole esperienza di chi nelle varie nazioni è preposto al governo delle prigioni. — Non dubito che questo indirizzo sperimentale si seguirà pure a Roma nell'imminente adunanza (*congresso internazionale penitenziario,* ottobre 1884), sotto la scorta del prode Beltrani-Scalia; ed in questa occasione attendiamo completo l'assestamento di questa scienza.

727. A confermare l'alta importanza di questo studio, di cui presto a Roma renderemo ragione, giovano due *generali* osservazioni di esimii giureconsulti alemanni. La prima è quella di Ihering, che disse « specchiarsi la coscienza del popolo più chiaramente che altrove nella nozione della pena: questa essere il termometro della sua

morale civiltà ». E l'altra è quella del dotto WAHLBERG (*Handbuch von* HOLTZENDORFF, II, 431): « che senza un buon sistema punitivo, che risponda ai postulati della scienza, anche il più sagace codice penale non produrrebbe che frutta guaste ».

Noi, stretti dall'angustia dello spazio, siamo dolenti di dovere soltanto tracciare un abbozzo di questo gravissimo argomento, delineando: 1.° il concetto *razionale* colla *teorica* dell'applicazione della pena; 2.° il concetto *storico*, da cui derivano le *varie specie*, tuttora riconosciute nella legge; 3.° arrestando il passo al nostro primo esemplare il *diritto Romano;* 4.° accennando appena alla *massima pena*, di cui si propugna l'abolizione; a cui tien dietro 5.° la dottrina dei *requisiti;* 6.° la distinzione essenziale di *pene principali* ed *accessorie*, la *gradualità* e l'*effetto;* 7.° il *sistema penitenziario* considerato nell'*origine*, nel suo *ideale;* e finalmente 8.° l'*attualità*.

CAPITOLO PRIMO.

NOZIONE RAZIONALE DELLA PENA E TEORICA DELLA APPLICAZIONE DI QUESTA.

—

BIBLIOGRAFIA.

Cf. la Bibliografia del Trattato « Teorie ». In ispecie cf.: BUCCELLATI, *La pena: studi legislativi e dottrinali.* 1876.

ARGOMENTO.

738. Sistema comunemente seguito nel dare la *definizione* della pena. — 739. Il concetto di pena derivato dal principio fondamentale del diritto di punire. — 740. Conseguenza di ciò. — 741. Defini-

738. Frank (*Philosophie du droit pénal,* pag. 213), dopo avere dichiarato essere la dottrina della pena la parte *più difficile e più oscura* del diritto penale, aggiunge: « che per risolvere tanto problema è necessario subordinare la scelta delle pene ad una regola sovrana attinta dalla *ragione* ».

Dopo tale premessa, era naturale attendersi una definizione *razionale,* ed invece Frank stesso, come tutti i criminalisti, si limita a dare una *definizione positiva* ed alcune *norme pratiche,* ottime per sè, ma non logicamente derivate da un principio di *ragione,* come egli si era proposto e come esigerebbe la scienza.

739. La ricerca di questo principio necessariamente si collega alla *questione fondamentale* sulla genesi e giustificazione del diritto penale; imperocchè di due termini inseparabili risulta la nostra scienza: *reato* e *pena;* e questi debbono avere una genealogia comune.

740. Dal quale postulato procede: che anche il concetto della pena varia secondo le diverse teorie; e dove il reato è considerato un' offesa alla divinità ed alla giustizia assoluta, la pena presenta il concetto di *espiazione*; dove il reato è considerato un' offesa all' utile sociale, la pena non è che la congrua *reazione* o *riparazione del danno universale.*

Noi riteniamo pure che la pena, come fatto estrinseco, debba nella sua definizione rappresentare tutti gli elementi positivi, di cui consta; ma in ordine scientifico crediamo doversi richiamare il principio razionale ed a questo subordinare gli elementi stessi.

741. Con tale indirizzo definiamo la pena: = « atto legittimo del potere sociale, per cui si effettua tale e tanta restrizione di libertà, quale e quanta ne esige la reintegrazione dell'ordine giuridico » =.

742. L' audace tentativo di una nuova definizione ci obbliga a farvi seguire una minuta analisi delle parole. Che se l'estensione data a questo argomento apparirà soverchia, troverà la giustificazione nella necessità di ben precisare un concetto (tuttora incerto), sul quale, come si disse, sta per fondarsi una nuova scienza.

743. *Atto,* imperocchè la pena non è un semplice giudizio di riprovazione o di biasimo intorno ad un' azione delittuosa (BAUER), ma è l' *estrinsecazione in forma solenne* di questo giudizio, mercè la sentenza e la condanna, che affetti non solo moralmente, ma pur *sensibilmente* il reo.

744. *Legittimo.* Sotto due aspetti va considerata questa legittimità, in rapporto cioè alla *natura razionale dell'uomo* ed alla *legge positiva.*

Quanto al primo rapporto non potrebbe concepirsi alcuna pena, la quale *distrugga la personalità,* od offenda la *dignità morale* dell'uomo.

Sarebbe questa una infrazione di un ordine maggiore, in cui è incluso l'ordine giuridico. La società civile non può spingere oltre i confini morali il suo potere, dappoichè essa stessa, e l'ordine, da cui è informata, dipendono da Dio, dalla natura, dal principio etico: *rispetta l'essere nel suo ordine intrinseco* (Rosm.); *serva ordinem et ordo servabit te* (Aug.). Da ciò l'abolizione delle pene infamanti e corporali *dirette*, al quale proposito giova ripetere le belle parole del Wahlberg (Holtzend., *Handbuch*, II, 523): « queste pene *immorali* hanno durato abbastanza, hanno distrutto il senso d'onore di troppa gente, hanno abituato al dileggio il colpevole avvilito e hanno conculcata la maestà della giustizia punitiva ». — Lo stesso autore vuol abolite anche in via disciplinare tali pene, e aggiunge in risposta a coloro, che esagerano l'insufficienza delle altre, che « dare un cattivo esempio per raggiungere un fine dubbio è cosa ancor più trista che stolta ».

La legittimità della pena non deriva solo dalla sua intrinseca moralità, ma ancora dalla sua *positiva* determinazione, in modo che il giudice non abbia mai ad agire di proprio arbitrio, e nella sentenza e nella condanna altro non apparisca, se non la *legge parlante: nullum crimen, nulla poena sine lege.*

745. *Del potere sociale.* Imperocchè nella sua *pienezza* concorre questo a stabilire la perfetta idea della pena: il *potere legislativo,* col determinare il principio *imperante,* mercè la formula positiva della legge; il *potere giudiziario* coll'*applicare* il principio stesso agli atti delittuosi, come tali descritti dal Codice; ed il *potere esecutivo* col vegliare all'*esecuzione* della pena stessa.

746. *Per cui si effettua tale e tanta restrizione di libertà, quale e quanta ne esige la reintegrazione dell'ordine giuridico.* Questa formula racchiude le seguenti idee:

1.° *La pena è retribuzione;* 2.° *la pena è retribuzione in senso oggettivo;* 3.° *l'oggettività della retribuzione non esclude l'elemento morale essenziale nella pena;* 4.° *la pena è retribuzione limitata alla libertà;* 5.° *la pena è retribuzione qualitativa e quantitativa.*

747. Procediamo in breve corso allo sviluppo di queste idee, che in sè raccolgono *tutta la teorica della pena.*

1.° La pena è *retribuzione* secondo il concetto *storico* e *razionale*..... La pena *nasce necessariamente dal reato;* essa ha per questo rapporto una ragione di essere a sè indipendentemente da altro motivo, per ciò che essa è l'*annichilamento del reato* (Heffter's, *Lehrbuch*, pag. 91), la *riattivazione dell'ordine* dispregiato dal delinquente, l'*osservanza della legge,* l'*affermazione del diritto,* la *negazione del torto.* Male è il reato, male è anche la pena, che gli sta contro come *termine necessario.* E l'uno e l'altro male sorgono da una *libera* volontà con questa differenza: che il primo è atto della *volontà individuale* contro la *collettiva;* il secondo è un atto della volontà collettiva, rappresentata dalla legge penale, contro la volontà di un cittadino, che, attraversando l'altrui sfera giuridica, farebbe *centro a sè* (per usare una frase di Beccaria) *di tutte le combinazioni dell'universo.*

La necessità di un *male giusto,* retribuito all'autore di un *male ingiusto,* non è soltanto un'*emanazione diretta dalla volontà collettiva della società* (Berner, pag. 16 e seg.), ma è anche un'*esigenza dello stesso delinquente;* perchè egli pure fa parte della società, e *deve volere* l'osservanza in genere del diritto anche a garanzia di sè e della propria esistenza. Questo è il solo argomento, per cui anche il reo *dovrebbe razionalmente* concorrere alla retribuzione della pena (Hegel).

Altro argomento, come il dire = che al reo non si fa

torto alcuno, applicando la pena; perchè questa corrisponde al suo ideale, e per essa gli si ridona l'universale, ch'egli ha seguito, trattandolo come egli ha trattato gli altri, è *fallace*, perchè si fonda sopra rapporti di *intrinseco* valore fra i due mali: lo che punto sussiste, perchè la società non *vorrà mai l'ideale del delinquente;* ed è *pericoloso*, conducendo al *talione materiale.....*

La pena dunque è *male retribuito al reo*, al quale male *non può opporsi* la volontà *razionale* stessa del reo; e tanto basti; l'esigere di più è un cadere nel sofisma.

748. 2.° La pena è *retribuzione oggettiva*, cioè non è tratta fuori direttamente dalla coscienza morale; ma è derivata da un altro *ordine distinto*, cioè *dal diritto, dalla legge sociale, dall'ordine giuridico.*

Il quale ordine del resto (come sopra si è mostrato nelle *Teorie*) non è che *specificazione* di un altro ordine maggiore:

> ..... Le cose tutte quante
> *Hanno ordine tra loro* e questo *è forma*
> *Che l'Universo a Dio fa somigliante.*
>
> Par. V.

> Non potria suo *valor* si fare *impresso*
> In tutto l'Universo, che il *suo verbo*
> *Non rimanesse in infinito eccesso.*
>
> Par. XIX.

L'ordine è vita, è *conservazione dell'essere.* Per questo rapporto l'uomo ha un istinto comune cogli altri animali, nella *perpetuazione* di sè nella sua prole; d'onde il fatto della società civile.

Ecco secondo natura stabilita la comunione di *vita* e di *volontà;* donde sorge la *sovranità della legge* positiva,

la *determinazione del diritto*, l'*esercizio della libertà*, l'*ordine giuridico*.

Ordine *universale* dunque, ordine *morale*, ordine *giuridico;* e questo ordine giuridico, non a capriccio del potere sovrano, ma secondo l'*istinto razionale della sociabilità,* secondo la legge immutabile, eterna, d'onde deriva ogni bene:

> La *prima volontà*, che è per sè buona,
> Da sè, che è *sommo ben,* mai non si mosse:
> Cotanto è *giusto,* quanto a *lei consuona.*
>
> Par. XIV.

Per cui, se necessita astrarre l'ordine oggettivo o giuridico, non lo possiamo per ciò *separare* nella sua genesi dall'ordine soggettivo o *morale,* come apparirà evidentemente più avanti (n. 750 e segg.).

749. Dalla *oggettività della pena* deriva la *determinazione* del *soggetto,* a cui appartiene il diritto di punire; e la *misura* della pena stessa.

Quando il disordine si riferisce alla *giustizia assoluta,* ed esclusivamente all'ordine morale, a cui fa capo ogni legge, la reintegrazione di questo non potrebbe avvenire, che per opera del supremo legislatore e giudice. Ove noi fossimo capaci di comprendere in tutto la giustizia assoluta, per applicarvi condegna riparazione all'offesa, la nostra mente *capirebbe* Dio, sarebbe Dio stesso.....

Qui invece si tratta dell'*ordine giuridico;* orbene, la nozione di questo appartiene all'uomo e la *tutela* compete a quel potere, che determina e traduce l'ordine giuridico in una legge positiva, appartiene alla *sovranità civile,* la quale perciò è il naturale *soggetto attivo del diritto di punire.*

Si badi bene però, che questa sovranità è *legislatrice; riferisce* la legge, non la *crea* a rigor di parola: il dettato del codice penale si trova in germe nella legge suprema dell'ordine; e la sovranità non è tanto signora, quanto serva e ministra, nell'indagare il principio nella coscienza razionale del popolo, ed applicarlo secondo la comune obbligazione (V. *Conclusione*).

750. D'onde procede la 3.ª proposizione: *la retribuzione oggettiva include essenzialmente l'elemento morale* nella pena. Ciò si dimostrava *indirettamente* altrove, trattandosi della *genesi* e della *imputazione* del reato. Imperocchè, mentre dobbiamo tener fermo: = che il retto apprezzamento del reato resta a farsi *in rapporto alla società,* su cui cade l'offesa, *secondo la sua esterna manifestazione* =, dobbiamo tener fermo eziandio: che = ogni atto, in quanto *si possa imputare* al cittadino, debba essere prima *umano,* e quindi eseguito col concorso delle *facoltà morali* =. L'atto *esterno* è *inseparabile* dall'*interno,* e la società non si può occupare dell'uno senza la presunzione che l'altro sussista, non può eziandio punire un'alterazione avvenuta al suo ordine, se non le consti che questa proceda dalla *coscienza* e dalla *libertà,* e, partendo dalla violazione dell'ordine morale, riceva il suo compimento colla estrinsecazione materiale, colla perturbazione dell'ordine giuridico (V. sopra *Imputabilità*).

751. Ma ciò, che più importa qui dimostrare, si è la *diretta* influenza del principio morale nell'applicazione della pena.

Di questa grave questione sotto due aspetti risolta, 1.° per rettificare le idee del signor ROEDER e confutare gli appunti fatti da lui alla scuola italiana (*Rivista penale,* vol. IX: *Ancora una parola di risposta al prof.* ROEDER); 2.° per *respingere i primi attacchi dello speri-*

mentalismo (*Razionalità del diritto penale - Memorie Istituto Lombardo*, 1875), è necessità qui far breve richiamo.

So di toccare un argomento delicatissimo, dovendo penetrare nella *vita intima* del delinquente, da molti oggi spregiata e negletta; perchè trova l'esclusiva sua ragione nella *natura morale* dell'uomo. Eppure per questo motivo appunto vi insisto; il proclamare l'impero della legge morale nella cura dei carcerati è *necessità;* e, se presso altre nazioni, evidentemente ed abbondantemente appare il rispetto a questa legge sovrana (V. *Resoconti dei congressi internazionali*), in Italia, mentre scrivo, avviene il contrario. Qui fatalmente, penetrato lo scetticismo, conseguenza delle recenti dottrine materialistiche, si arricciano i peli non solo di qualche giovane novatore, ma ancora di uomini ufficiali al solo ricordo di Dio, causa prima d'ogni ordine, la cui assenza converte la carcere in tetra tomba.

Per tale rispetto, benchè seguace di tutt'altre dottrine, io monarchico applaudo pienamente all'ideale di Mazzini, il quale, come altrove si è dimostrato (*Manzoni, il Progresso*, ecc., vol. I, n. 83 e seg., vol. II, n. 121 e seg.), « informava tutte le aspirazioni sociali politiche ed artistiche alla legge morale ». Questo illustre pensatore negli ultimi giorni, scrivendo da Pisa ad un milanese, si doleva: che gli italiani fossero cosi corrivi nell'accettare dottrine materialistiche, che avrebbero demolito ogni civile reggimento.

752. Il reato procede dalla volontà individuale: *voluntas sceleris*, ecco l'*elemento soggettivo*. Per poter *ristaurare* dunque, bisogna di necessità discendere nel profondo, rinnovare le fondamenta dell'edificio, *scrutare questa potenza attiva, per cui l'uomo opera, dietro l'oggetto*

della sua mente con libera elezione: questo è l'avversario dello Stato e della legge. A tale centro si devono rivolgere le forze, convertire *la volontà da male in bene, mercè la penitenza:*

> Chè assolver non si può chi non si pente.
>
> Inf. XXVII.

Solo dietro la *conversione* si ha l'*assoluzione* della colpa.

Questa suprema legge etica entra anche nel campo giuridico; ed è per ciò, che oggi il sistema penale si converte in un *sistema penitenziario,* che ha per iscopo l'*emendamento del reo.*

La colpa poi, come avviene di ogni fenomeno o delle varie manifestazioni della vita, si può considerare in *atto* e in *potenza.* Come atto materialmente e moralmente consumato, è indistruttibile; *come potenza, può dessa essere annientata mercè l'uso di una forza contraria;* ora questo è oggetto di studio del legislatore e del moralista.

Nè mi si opponga: che di tal maniera si cade in tutti gli estremi delle teorie *preventive;* = non si punisce un reato consumato, ma un reato avvenire =.

Questo modo di ragionare nasce da *pregiudizi di forme dottrinali,* a cui sono vincolati le scuole ed i trattati. *Il legislatore* non può aver di mira, che un *fatto futuro considerato nella sua potenza e nel suo esemplare: nel giudice* poi, chiamato a punire un *fatto,* mentre realmente ha per oggetto un'*azione singolare,* che cade sotto la legge, l'*intento razionale* nel dettar sentenza, *si confonde con quello del legislatore:* solo a questo patto *si dà vera e piena esecuzione della legge.*

La riparazione morale quindi avviene solo in potenza. Ciò, che il legislatore intendeva ottenere colla *minaccia,*

dopo che la minaccia apparve vana, il giudice procura ottenere colla pena. Abbatte egli in potenza e nella volontà del reo, ed anche negli altri, con *salutare esempio*, la volontà di delinquere.

La voce *reintegrazione* ci sembra idonea propriamente ad indicare questa provvida e benefica azione del giudice e della legge, non solo per l'effetto diretto della pena, *ristabilimento del diritto e della sovranità nella società turbata dall'infrazione;* ma anche riguardo all'*effetto morale, che si attende dal reo,* quando realmente la pena si risolva in penitenza. In tal caso la pena è *medicina,* che guarisce l'anima, ravviva la coscienza, e piega talvolta al bene quella stessa potenza, che prima volgeva al male.

Così il vescovo BORROMEO all'Innominato, che non osava toccargli la mano e gridava: « No, no! lontano da me voi: non lordate quella mano innocente e benefica. Non sapete tutto ciò che ha fatto questa, che volete stringere! » — « Lasciate, risponde il santo prelato, lasciate ch'io stringa *cotesta mano che riparerà* tanti torti, che spargerà tante beneficenze, che solleverà tanti afflitti, che si stenderà disarmata, pacifica, umile a tanti nemici.... » (MANZONI, *Promessi Sposi,* cap. XXIII).

Ecco come avviene la conversione, spettacolo il più commovente nella storia intima dell'uomo!

E poichè parliamo di conversione e di MANZONI, sulle traccie ancora di questo profondo psicologo, ci sia lecito osservare, a quiete dei nostri avversarii, che il *carattere primitivo,* quale trovasi informato, eziandio secondo le fisiche attitudini, *non si distrugge* punto colla conversione.

Lo stesso MANZONI, accennando al santo proposito di Padre Cristoforo di proteggere gli oppressi: « in questo genio, dice, entrava per qualche parte, senza ch'egli se ne avvedesse, quella sua *vecchia abitudine* e un resticciuolo

di spiriti guerreschi, che le umiliazioni e le macerie non avevano potuto spegnere del tutto » (loc. cit., C. XVI).

E non *potrebbe avvenire la totale distruzione dell'uomo antico?* Certo che sì; ma questo è un miracolo; è l'ideale della penitenza, è l'amore alla pena, quale mezzo di *espiazione:* è la Maddalena di CRISTO! E se a tanto non può giungere *ordinariamente il sistema penitenziario* delle nostre carceri, qualche eccezione però può darsi; ed io posso rendere testimonianza di chi spontaneamente subiva la pena: *espiazione necessaria del proprio delitto;* come avveniva della monaca di Monza; « trasportata, dice lo storico, in un monastero a Milano; lì, dopo molto infuriare e dibattersi, s'era ravveduta, s'era accusata, e la sua vita attuale era supplizio volontario tale, che nessuno, *a meno di non toglierglitela,* ne avrebbe potuto trovare uno più severo » (loc. cit., C. XXXVII).

Citai di frequente MANZONI, non come *poeta,* ma come *filosofo,* chè tale assolutamente può egli chiamarsi nello studio di questo *guazzabuglio,* che è il cuore dell'uomo.

Il primo psicologo, ANTONIO ROSMINI, rappresentando con sottilissima analisi il *fenomeno della conversione,* si attiene rigorosamente all'ideale dell'Innominato (*Teosofia*, num. 1050).

Ho parlato di *conversione in genere,* perchè realmente questo concetto va studiato nella sua prima sede: l'*ordine morale.*

Quando si abbia a farne la speciale applicazione alla società, sorgono gravissime differenze.

752. Mi basti qui notare, come l'*emendamento* inteso dalla pena, quantunque sia a considerarsi *completo,* pure non può spingersi *oltre la natura della società,* la quale regge solo i rapporti *esterni...* Se taluno, a cagion d'esempio, non è *essenzialmente* galantuomo, ma solo si mostra

tale per il timore della pena, peccherà certo per grave difetto morale, ma la società non potrà esigere di più...

754. 4.° *E per quale mezzo si effettua questo emendamento?* —

In varii modi, che si riducono ad una formola: *detrazione di libertà.*

Tolto il reo dalle abitudini e dall'incentivo di delinquere, si apre a lui, per mezzo *di prudente isolamento, di una religione saviamente consigliata, di lavoro soddisfacente, di premi, consigli e buoni esempi,* la via all'emenda.

E se non si raggiunge questo emendamento?

Sarà una sventura; *ma non è dal successo, che si deve giudicare la legittimità dell'azione.*

Chi segue in *modo assoluto* la teorica dell'emendamento individuale e morale, *deve sentire tutta la forza di questa difficoltà.*

A noi basta, che la società *faccia quanto è in suo potere:* la coscienza pubblica è tranquilla. Se non sono corrispondenti gli *effetti,* è un male non imputabile alla società. L'azione sociale, se si volge alla volontà del reo, *non è dalla volontà del reo, che attende la sua giustificazione.* Basta che si dica: *il male applicato dalla legge distrugge,* o meglio, *può distruggere la causa del male creato dal reo,* e l'ordine *razionalmente* è ristaurato: lo esigere di più sarebbe la *negazione del libero arbitrio:* nessuna forza umana può strappare un *sì,* quando è ritrosa la volontà individuale! (V. avanti n. 807).

755. — *Se l'emendamento del reo non è l'effetto necessario, quale sarà egli questo effetto necessario, o meglio, il fine cui tende la pena?* —

Questo si riferisce non all'*individuo,* ma alla *società,* a cui il reo è sempre vincolato. Il reo non è un *mezzo* alla società, è però una *pertinenza della società stessa;* la

quale riceve la sua vita dalla volontà dei cittadini, ed a questi ritorna, come sovrana e padrona.

Tutti dunque, ed anche il delinquente, devono concorrere alla *costituzione e conservazione della società, del diritto, della legge.* In tal caso regge il concetto hegeliano: *che il reo stesso ha voluto la pena, in quanto egli stesso ha voluto il reato, che è causa efficiente della pena.*

756. A questo ordine di idee si oppone uno sperimentalista (LOMBROSO, *Affetti e passioni del delinquente*), che attraversa il cammino con lungo discorso, di cui la conclusione sarebbe: « il delinquente è insensibile al rimorso: è un essere incorreggibile, che va posto sotto sequestro, per la sicurezza sociale ».

757. Eccoci fra due estremi nella dottrina della pena. Chi, come ROEDER, ammettendo l'emendamento morale quale causa unica, che giustifica il diritto di punire, verrebbe indirettamente a dimostrare, che là dove questo emendamento non fosse possibile, non vi sarebbe ragione per giustificare la pena; altri invece, escludendo in via ordinaria la possibilità di questo emendamento, negherebbe alla pena il carattere di penitenza.

I due estremi si incontrano: così gli uni e gli altri conchiuderebbero: che la pena, quale è intesa comunemente dai codici e dai criminalisti, *è ingiusta ed assurda.*

758. L'incontro della conclusione non deve confondere l'una scuola con l'altra.

Sarebbe un'iniquità. La teoria dell'emenda deriva da nobile e generoso principio: pecca di troppa fiducia nella umanità; sostituisce alla durezza del diritto la legge di carità; allo Stato attribuisce una funzione morale, non un potere coercitivo.

Noi, guardandoci da tali eccessi, abbiamo pure molto da imparare da questi umanitari, coi quali siamo in pieno

accordo, quanto alle generose aspirazioni, che sono *un volo del sentimento,* oltre i confini rigorosamente imposti alla scienza ed alla legge.

Altrimenti è dei recenti sperimentalisti, i quali partono dalla negazione di ogni principio morale; del delitto fanno una ineluttabile necessità; disperano della umanità; al diritto sostituiscono la violenza; e considerano il delinquente, quale essere bruto, che va *sequestrato e chiuso in cella di forza.*

759. Ma è poi razionale questo concetto della pena: *restrizione di libertà?*

— È questa altra questione che sorge dalla data definizione, alla quale noi abbiamo già risposto nell'esordio di questo trattato ed in altro lavoro sulla *Pena militare.*

Indaghiamo il fondamento razionale di questo fatto.

Nessuna persona può togliere legittimamente altro, che non sia in potere di concedere. È questo un assioma che deriva, per ragione dei contrarii da altro più volgare: *Nemo dat, quod non habet.* Gli è perciò, che anche nelle società *speciali* le punizioni, che cadono sopra i soci infrattori dei patti sociali, non possono varcare i limiti di que' diritti e di quelle attribuzioni, che sono concessi dalla società stessa: così la *società religiosa* restringe il suo potere allo spirito, e le sue pene hanno un carattere spirituale, che affetta solo la coscienza: *scomuniche* o *censura;* la *società domestica* ha per iscopo l'educazione; ed i castighi dati dal padre presentano un carattere disciplinare; finalmente le associazioni scientifiche, artistiche o industriali sogliono, come pena, detrarre ai loro soci, lucri, diritti e privilegí dalla società stessa concessi: ebbene, altrettanto avviene della *società civile.* Questa non dona già nè la vita, nè l'onore, nè la proprietà al cittadino, ma soltanto gli *garantisce il sicuro esercizio de' proprî diritti,* che è

quanto dire *la libera espansione della propria attività*, ovvero sia, in una parola, *la libertà giuridica*. Ebbene, qui appunto deve trovarsi la *fonte della pena!*

Nè tutta la libertà *giuridica* o *esterna*, se così vuolsi chiamare in confronto alla libertà *interna* o *di coscienza*, può essere sacrificata alla *giustizia sociale;* chè in tal caso l'uomo *giuridicamente cesserebbe di esistere*, avremmo l'assurdo della *morte civile*, a quel modo che, tolta la libertà interna, *cesserebbe ogni vita morale;* ma solo può darsi una *limitazione secondo equa misura*.

La società è costituita soltanto per la tutela dei diritti dei cittadini. Se alcuni de' cittadini dunque abusano di questa tutela, se abusano della pacifica associazione per commettere delitti, la società civile è in diritto e in dovere di *rivocare in parte ciò ch'ella ha donato*, è in diritto e in dovere di *sottrarre al delinquente tale e tanta libertà, quale e quanta ne esige l'ordinamento stesso sociale*, e di ridurlo possibilmente in tale stato, da non poter più nuocere agli altri cittadini.

Questo principio sta a fondamento di ogni pena.

760. 5.° *Ma in quale misura avviene questa detrazione di libertà?* — Si effettua *tale e tanta restrizione di libertà, quale e quanta ne esige la reintegrazione dell'ordine giuridico;* donde la quarta proposizione che siamo tenuti a svolgere, cioè la pena è retribuzione *qualitativa* e *quantitativa*.

Qualità è quanto serve a classificare le cose, distinguendo gradatamente il genere, la specie, l'individuo; *quantità* è il rapporto numerico fra cosa e cosa. Or bene, a quella guisa che, rispetto al delitto, non basta averne ottenuta la specificazione, ma è mestieri per via di confronto stabilire la maggiore o minore gravezza; così anche rispetto alla pena deve darsi una retribuzione proporzionata nella sua *qualità* e *quantità*.

E, siccome il concetto della pena si riferisce alla *restrizione di libertà;* così le varie specie di pena non possono varcare questa cerchia. Nè si può dire di troppo limitato il campo; imperocchè sotto l'espressione *pena di libertà* non corre solo la *prigionia* colle svariatissime sue specie; ma ancora *l'esiglio, il confino, l'esportazione, interdizione e sospensione* di diritti, uffici, arti e perfino la *multa* (V. avanti n. 796 e segg.).

La *qualità,* o specificazione, poi, non può stare senza la *quantità* o misura; anzi, come nel mondo fisico, così nel morale, dalla *misura quantitativa* abbiamo talvolta *anche la specie stessa.* La qualità dell'acqua è specificata dalla quantità di calore, in modo che si perviene a due estremi, ghiaccio e vapore; e così in ordine morale, secondo l'intensità o quantità del sentimento, voi avete sull'istessa linea segnata la parsimonia, l'avarizia, la prodigalità, e sull'istessa linea corre molte volte la prudenza, e l'eccesso di questa, la viltà; il valore e l'eccesso di questo, la temerarietà.

È dunque secondo l'ordine naturale delle cose, mantenere la misura e circoscrivere la qualità entro i confini, nel cui mezzo corra una scala, o il *grado. Qualità,* dunque, *quantità* e *grado,* ecco i tre elementi, che costituiscono il criterio nell'applicazione della pena!

La *qualità* deriva dal rapporto di *natura fra il male del delitto ed il male della pena;* dite pure fra la diversità del diritto offeso e la varia restrizione di libertà; la *quantità* invece dal *rapporto di peso o di valore;* la determinazione poi di questo valore è segnata per *gradi*, onde *grado* è la misura, che intercede fra i due confini: la qualità stabilisce la *specie,* la quantità il *maximum* ed il *minimum ;* il *grado* la scala in proporzione aritmetica col delitto.

761. Derivando dalla nozione razionale della pena la *teorica della sua applicazione,* abbiamo pure ampiamente analizzati i singoli elementi della definizione proposta; e tuttavolta non sappiamo dissimulare le gravi difficoltà, che si potrebbero elevare, alle quali procurai di rispondere fin dal primo apparire della definizione stessa in una mia monografia sulla *pena militare.* Qui ci limitiamo a brevi appunti per dissipare le nubi, che potrebbero tuttora offuscare la dottrina spiegata.

1.ª Obb. La formola usata è *eccessiva* e *difettosa* ad un tempo; eccessiva, perchè comprende ancora i due elementi, il razionale e il positivo; difettosa, perchè si limita alla *detrazione di libertà;* mentre altre pene sono tuttora applicate dai codici.

Rispondiamo al primo appunto: che ciò che si giudica eccesso è il *naturale costitutivo* della pena stessa, la quale, se fa capo a ragione, come evidentemente appare dalla formola seguita, non può astrarsi dal fatto; imperocchè il *diritto punitivo,* oggettivamente considerato, si concreta in *diritto penale* allora soltanto, che riceve l'*effettiva sua applicazione da giudici competenti e nelle forme legittime prestabilite.*

Rispondiamo al secondo appunto, avvertendo: che il concetto razionale provvede all'attualità ed all'avvenire; ed ormai tutti i compilatori delle leggi (V. *Relazione* VIGLIANI confermata da MANCINI, ZANARDELLI e SAVELLI) ritengono appunto il principio razionale: che la sola pena conveniente ai popoli civili è la *detrazione di libertà,* o l'*imprigionamento col lavoro* (PESSINA, *Lezioni sulla pena di morte,* pag. 210).

Se con queste espressioni si comprende per eccellenza la pena del carcere, non si escludono altre (come è detto retro N. 760), di cui oggi ancora vediamo nei Codici l'applicazione (V. pure avanti: *specie di pene*).

2.ª Obb. L'esigenza dell'ordine giuridico, a cui fa capo la definizione, è concetto astratto, quindi *indeterminato.*

La risposta a questa eccezione la troviamo nel *trattato delle teorie;* qui vi ha solo un'applicazione del principio. Se il principio stesso non è accolto (sia per la *negazione dell'ordine,* sia per l'*erroneo conceptmento* di questo), verrebbe a cadere tutto l'edificio; e quindi sarebbe sepolto nelle ruine anche il trattato della pena.

3.ª Obb. Non appare *immediata* e *diretta* la derivazione del *sistema penitenziario,* che è pure il sistema oggi dominante?

Risp. E non pare anche a me; perchè la ragione di punire è nella società e non nell'individuo delinquente. La pertinenza però di questo alla società stessa, e l'esclusivo rapporto del fatto da lui commesso colla società che punisce, esigono necessariamente (di che è data dimostrazione): che la reintegrazione stessa si effettui anzitutto nella coscienza del reo, fonte e causa *potenziale* della delinquenza; donde procede la necessità del sistema penitenziario.

CAPITOLO SECONDO.

NOZIONE STORICA DELLA PENA E DISTINZIONE CHE QUESTA DERIVARONO.

—

BIBLIOGRAFIA.

Ioinsky, *Die Strafmitteln* (Le maniere di pena). 1864 (nell' österr. Vjschrift für RW.). — Cf. le opere citate nella bibliografia al Capo VI de' Prolegomeni; e il Manuale d'Holtzendorff, II 464 sq.

ARGOMENTO.

762. Il concetto esposto è l'ultimo portato della scienza; da questo quindi doveva scaturire tutta la dottrina razionale della pena.

Affine però di giudicare equamente del diritto penale nei varii tempi, è necessità conoscere l'evoluzione storica di questo istituto.

Storicamente le pene si distinguono dal vario oggetto in *corporali, infamanti* e *pecuniarie.*

763. 1.° Le corporali si distinguono in *dirette,* che offendono l'integrità della vita; ed *indirette,* che arrecano un disagio, un male fisico, senza una lesione materiale.

764. Fra le pene dirette, la prima è quella *di morte* variamente applicata: *decapitazione, strozzatura, lapidazione, crocifissione, fuoco, veleno, soffocazione,* ecc.

Siccome poi a profusione era applicata questa pena, così per mantenere una gradazione in confronto ai delitti, si assottigliava l'ingegno, per trovare modi diversi di *esacerbazione,* proponendosi il problema della maggior durata ed intensità. Questa è la caratteristica del M. E.!

765. La riverenza alla vita era pure *ab antico* riconosciuta, prova di ciò sono le savie norme del diritto Mosaico, per l'applicazione di questa pena in casi rarissimi e per gravi reati di premeditazione, offrendosi anche l'asilo in sei città di Palestina. — Meno i giudizii popolari per la lapidazione, il tribunale supremo era costituito di probi viri, i più vecchi della città, i quali dovevano tenere

adunanze fuori di questa, per togliersi da qualunque influenza, e fra il dibattimento e la sentenza lasciavano trascorrere un giorno, durante il qual tempo astenevansi dal cibo e dal vino; pronunciata poi la sentenza, il colpevole era condotto al supplizio da un araldo, che dava facoltà a qualunque cittadino di allegare fatti a favore del reo; e dietro questa allegazione si sospendeva il supplizio; in caso diverso l'esecuzione avveniva fuori di città, amministrandosi vino e mirra al condannato, per attenuarne il dolore (V. avanti *Pena di morte*).

766. Altre pene dirette sono: *la mutilazione, il bastone, la verga e le catene.*

Anche queste pene, come lesive dell'umana personalità, sono riprovate dalla scienza; ma non da tutte le legislazioni.

767. Si avverte a favore specialmente della *bastonatura* e della *verga:* che sono queste pene per eccellenza *efficaci,* poichè sono *necessariamente afflittive;* colpiscono *esclusivamente* il reo; *non sottraggono un capitale al lavoro* ed ai doveri di famiglia, e si risolvono nel mezzo il *più economico.*

Sonvi alcuni, i quali in via eccezionale ammetterebbero il bastone come mezzo correttivo nelle carceri. Noi non ammettiamo eccezioni: il bastone non corregge, ma demoralizza.

768. Pene corporali *indirette* sarebbero: *ergastolo, reclusione, lavori forzati a vita ed a tempo, relegazione prigionia, arresto, bando, esilio locale, confino, domicilio coatto, deportazione,* ecc.

769. 2.° *Pene infamanti* = per cui l'infamia è irrogata da una *formale dichiarazione* della legge e del giudice =.

Lo che importa avvertire, per il motivo, che dallo stesso

reato procede l'infamia, come *naturale* conseguenza e si riflette necessariamente sulla pena; donde il calcolo negli attuali legislatori di due categorie di pene secondo la turpitudine o meno del delitto.

La prima infamia detta *legale,* che costituisce la *pena infamante* nel proprio significato, è un assurdo, perchè la nota turpe è naturale al delitto ed una dichiarazione dell'uomo torna *inutile* o *ridicola*. Così avveniva della *berlina,* del *marchio,* della *gogna,* della *morte civile.*

770. 3.° *Pene pecuniarie;* confisca, multa, ammenda, erano in altri tempi per ragione economica le più frequenti; ed attualmente per l'istessa ragione (sdegnando uno Stato civile di lucrare dal delitto) sono riprovate, ritenendosi solo come *accessorie.*

771. Benissimo osserva il WÄCHTER (*Deutsches Strafr.* 92): che i mezzi di pena devono essere diversi, a seconda dei tempi e della civiltà, poichè essi sono destinati a produrre il loro *effetto* in una *determinata* società. Lo che se offre una ragione *storica* delle varie pene razionalmente ripudiate; non può però mai giustificare una pena, che ripugni alla morale e alla dignità umana.

CAPITOLO TERZO.

LA PENA NEL DIRITTO ROMANO.

—

ARGOMENTO.

772. Origine della voce *pena.* — 773. Le voci diverse per indicare la pena indicano la varia giurisdizione. — 774. La pena secondo le XII tavole. — 775. Distinzione delle pene per i cittadini romani.

— 776. *Pene capitali:* — 777. Pene *non capitali.* — 778. Detrazione di onore o pena infamante. — 779. Le pene sotto l'impero. — 780. Opinione di Carrara e relative osservazioni sulla costituzione di Costantino: *cruenta spectacula.* — 781. Enumerazione delle pene sotto l'impero. — 782. Modalità successive. — 783. Importanza di queste sotto gli imperatori cristiani.

772. È omai certo che la voce « poena » è una voce tolta a prestito dal greco. Infatti essa deriva dalla radice indoeuropea $\sqrt{ki}$ e risponde perfettamente allo zendo *kaêna* = ποινή [*k* k^v *kv* *kp* $^k p$ *p*]. È dalla stessa radice che s'ha τιμὴ τίμημα, altro sinonimo greco [k k^j kj $\overset{v}{k^z}$ $\overset{v}{k^s}$ $\overset{kv}{s}$ $\overset{tv}{s}$ $\overset{v}{t^s}$ t]. Ora poichè l'equazione $k^v = p$ è straniera al latino, si deve inferire con certezza, che poena = **kāīnā* non è che la voce greca ποινή ridotta a forma latina. L'antica derivazione da $\sqrt{pu}$ (tenuta ancora dal Voigt, *Zwölf Tafeln*, I 473, e dal Curtius, *Grundzüge*, n. 373 fino alla 4.ª edizione) non pare più accettabile, benchè foneticamente possibile (cfr. l'importante forma ciprica πείσει non considerata dal Corssen, Curtius *Grundzüge,* 5.ª edizione, pag. 472. Ferrini, *Quid conferat,* pag. 17 n.).

Ne' poemi omerici il significato prevalente di ποινή è quello di « composizione per omicidio » (schol. ad. Il. 3, 286 Apollonio, II, 675, ed. Villois. Ferrini l. c.). Ciò risponde benissimo alla sua origine (ki = stimare, valutare, pagare). Questo significato ebbe pure, se non erro, *poena* nel vetusto latino, p. e. Tab. VIII 4 (Schöll. — VII, 16, Voigt) « Si iniuriam faxsit, XXV *poenas* sunto », e Tb. VIII, 3 (Sch. — VII, 15, V.) « Manu fusti si os fregit... CL *poenas* sunto » (o « poenam subito » come leggono meno bene lo Schöll e il Bruns).

Questo concetto si allargò in seguito e arrivò press'a poco a quell'estensione, che ha ai nostri giorni. Onde Ulpiano potè scrivere (D. 50, 16, 131 pr. e § 1): « *poena* est

noxae uindicta » e « poena generalis omnium delictorum coercitio » (come legge MOMMSEN: emenderei secondo la Fior. « poena nomen generale omnis delictorum coercitionis).

773. Altri vocaboli latini, come *supplicium*, accennano all'indole teocratica originaria di alcune pene: altre, come *castigatio*, all'origine domestica e morale (a torto REIN, *Criminalr.*, pag. 29, ammette qui pure l'origine teocratica).

Dai vocaboli stessi adunque si rivela la triplice fonte, onde deriva il diritto penale romano: *a)* la vendetta privata e le composizioni; *b)* la rappresentazione teocratica; *c)* la giurisdizione domestica.

774. Ne' primi tempi di Roma le tre sfere erano ancora distinte e le pene attribuite a ciascuna avevano un'indole propria. Per brevità rimandiamo alla recentissima e dotta esposizione del VOIGT (*Leges regiæ* e *Zwölf Tafeln*, I, 471-498).

Il prisco sistema penale romano risente di una certa durezza e severità; ma niuno vorrà chiamarlo crudele, tanto più se vorrà confrontare quello di altri popoli coevi. In ispecie la dignità del cittadino fu sempre altamente sentita. E questo sentimento (benefico in mancanza di uno più alto e più umano) andò sotto la repubblica producendo, come vedremo, frutti sempre migliori.

775. Pe' cittadini romani le pene vengono a distinguersi così:

a) capitali;

b) non capitali.

776. Le prime sono quelle per cui si toglie a un individuo la vita, la libertà o la cittadinanza (capitis deminutiones). Sul finire della repubblica la pena di morte era *di fatto* quasi abolita, permettendosi di regola al reo, che vedesse piegar male il processo, di andarsene in volontario esiglio. Pe' peregrini e gli schiavi la pena di morte era

in uso e veniva irrogata nei modi più crudeli: crocifissione, vivicombustione, ecc., CICERONE, che nelle *Verrine* narra come incredibil misfatto la condanna a morte di cittadini romani pronunciata da Verre nella sua pretura di Sicilia, con singolare indifferenza parla de' supplizii inflitti agli schiavi.

777. Le pene *non capitali* erano *corporali* (specialmente flagellazione) e *pecuniarie* (multe). Le prime furono pe' cittadini abrogate da una *lex Valeria:* le seconde furon sempre molto in uso. La *carcere* invece serviva come custodia preventiva (sia prima del processo, sia — come avvenne, p. e., pe' congiurati catilinari — prima del supplizio): come vero mezzo di pena fu applicata in via eccezionale, p. e., nel 568 nel vasto e complicatissimo processo de' Baccanali: « qui tantum initiati erant .. nec ullam rem .. admiserant, eos *in uinculis* relinquebant ». Liu. 39, 18, 3. Del resto anche negli ultimi tempi dell'impero veniva considerato come un abuso di taluni presidi quello di servirsi della carcere come mezzo di pena: « id facere non oportet: nam huiusmodi poenæ interdictæ sunt: carcer enim ad *continendos* homines, non ad *puniendos* haberi debet » (ULPIANO, 9, *De off. proc.,* D. 48, 19, 8, 9).

778. Una classe singolare di pene sono quelle, che si riferiscono direttamente all'*onore* del cittadino. Colui, che ha commesso un reato, decade pel fatto stesso dall'estimazione de' suoi concittadini: la constatazione giudiziale di questa condizione peculiare e la derivazione di speciali conseguenze giuridiche costituisce l'*infamia.* Essa consegue dalla condanna per que' reati, ne' quali si dimostra una speciale turpitudine dell'animo: l'uomo colpito da essa è inabile agli ufficii della vita civile. Essa anzi ha luogo talvolta là, dove altra pena manca, p. e. se il reato non è perseguibile, che per azione privata (p. e. furto) e l'offeso

acconsente a venire a una transazione, *nam et de furtis pacisci lex permittit.* Essa è quindi come un'affermazione dell'offesa sociale, che il delitto arreca, pur quando non parrebbe considerato che come un torto individuale. Così dicasi, se in caso di *indulgentia generalis* vien condonata la pena (Cod. 9, 51, 7 - 9, 43, 3. Plin. Ep. 9, 13).

Inoltre l'infamia consegue talora da una condanna in seguito a lesione contrattuale, che implichi insigne mala fede (*actio depositi, pro socio, mandati,* etc.). E in tali casi occorre ricordare come i « *boni mores* », cioè « l'agire da onesto cittadino », avessero l'importante funzione d'*integrare* il *sistema giuridico:* e la loro inosservanza traesse spesso dietro a sè gravissime conseguenze giuridiche, come nel presente caso.

Lo che si osserva ancor meglio nelle attribuzioni più nobili della polizia romana: vogliamo dire la *censura.* Il censore infligge una nota d'ignominia (più lieve dell'*infamia* e poi temporanea: vedi p. e. Rein, *Privatrecht*, 1.ª ed., pag. 110 e seg.) in pena di una vita dissipata, di una prodigalità riprovevole, di poca cura della dignità del nome, ecc.

Queste pene, che intaccavano l'onore del condannato, avevano in gran parte funzione di *pene di polizia* e pônno in parte compararsi coll'odierna *ammonizione,* ecc.

779. Sotto l'impero le pene si vanno facendo vieppiù severe, o anzi *crudeli.* Quel popolo, di cui Livio lodava la saggia mitezza delle pene, ora s'avvezza ai più barbari supplizi: nè solo contro peregrini e servi, ma contro gli stessi cittadini. Specialmente pei reati di maestà (ai quali fu sotto molti imperatori equiparata la professione di cristianesimo) troviamo introdotta questa atrocità di pene. Solo quando il cristianesimo penetra nell'aula imperiale e nell'ufficio del Prefetto del Pretorio, si prova aborri-

mento di questa crudeltà e i due più nefandi supplizii, la *croce* e la *damnatio ad bestias* vengono tosto aboliti da COSTANTINO (Cod. Theod., 15, 12, 1): « Cruenta spectacula, « in otio civili ed domestica quiete non placent, quapropter, « quia omnino gladiatores esse prohibemus, eos qui forte « delictorum causa hanc condicionem atque sententiam « mereri consueuerant, metallo magis facies inseruire, ut « *sine sanguine* suorum scelerum poenas agnoscant ».

780. Il prof. CARRARA opportunamente confronta queste belle parole colle altre più belle ancora di LATTANZIO (*Inst. div.*, 6, 20, *Epitome*, c. 6), l'aio di Crispo primogenito dell'imperatore (*Un abolizionista dimenticato*, p. 6). Ma l'illustre criminalista sembra voler troppo, quando pretende che Costantino intendesse *abolire la pena di morte*, e che anzi tale abolizione (eccetto che pe' delitti di maestà) perdurasse nell'impero romano fino a che TRIBUNIANO (da CARRARA giudicato troppo severamente) ripristinasse l'antico sistema.

Troppi fatti parlano in contrario nel *Codice teodosiano*, dove si conserva una innumerevole quantità di leggi comminanti la pena di morte; e tali leggi non potevano interpretarsi diversamente da quello che suonano in forza di quella legge costantiniana, che del resto non si riferisce che ad un caso particolare e solo verso la fine del dettato, per una di quelle consuete espressioni rettoriche delle costituzioni imperiali, sembra elevarsi ad un senso alquanto più generale.

Ad ogni modo la legge in discorso si doveva intendere come abrogante una *specie* sola di pene — e tutte le altre *capitali?* Che diremo noi dei figli di Costantino, che nel pieno fiore del sistema abolizionista comandano (C. Th., 11, 36, 4): « cum .. sacrilegos nuptiarum tanquam manifestos « parricidas *insuere culeo uiuos* uel *exurere* iudicantem

« oporteat »?... TRIBUNIANO almeno (C. I., 9, 9, 29 (30), 4) riduce sì crudel legge a più mite espressione: « sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet »... Ciò è debito ricordare anche perchè sia rivendicata la gloriosa memoria del grande ministro di Giustiniano da molti pregiudizi delle scuole gravemente offesa.

781. Concessa venia al magnanimo intento del *Maestro di color che sanno,* possiamo ritenere che sotto l'impero vigessero sempre le seguenti pene capitali enumerate da CALLISTRATO, lib. VI de cognit. (D. 48, 19, 28, pr.): *ad furcam damnatio, uiui crematio, capitis amputatio, metalli coercitio, in insulam deportatio.* S'aggiunga pel parricidio il *culeum.* Le non capitali erano (eod., § 1): *relegatio ad tempus, relegatio in perpetuum* o *relegatio in insulam, datio in opus publicum, fustibus subiectio.* S'aggiunga l'*infamia*, l'*interdizione* da un ufficio, o arte, o mestiere speciale, la *multa* e le *pene pecuniarie* pe' delitti privati.

782. Una differenza grave concerne le *persone,* a cui la pena va applicata. Gli *honestiores* (dai decurioni in su) « in metallum damnari non possunt nec in opus metalli nec furcae subici nec uiui exuri ». Adunque le pene più disonoranti e atroci sono riservate agli *humiliores* (cf. D., 48, 19, 9, 11 e seg.). Si è creduto giustificare questa differenza colla ragione: che nel ceto più onorato si presupponesse una minore pravità di stimoli a delinquere: difficilmente però si può scorgere altro motivo che un privilegio di casta.

Pe' militari, oltre le altre pene (insolita per essi era del resto la *metalli coercitio*), si usavano le seguenti: *castigatio, munerum indictio, militiæ mutatio, gradus deiectio, ignominiosa missio* (Modest. 4 de poen., D. 49, 16, 3, 1).

783. Assai importante ci pare la Nov. 134 (= 166,

Zach., II, 375 e seg.) di GIUSTINIANO. Fra le notevolissime mitigazioni della procedura penale e delle pene stesse, questa costituzione contiene le disposizioni seguenti:

a) c. 10. La donna rea d'adulterio viene rinchiusa in un monastero a vita, se dopo un biennio il marito non vuole riprenderla.

b) Il coniuge o i coniugi, che voglion sciogliere il matrimonio in uno de' casi non contemplati dalla legge, vengon rinchiusi a vita in un monastero. C. 11.

c) Il monastero è sostituito al carcere preventivo per le donne. C. 9.

Questo sistema di rinchiudere i rei di taluni delitti temporaneamente o a vita in un monastero, invece di applicar loro le altre pene sancite dalle antiche leggi, si andò sempre più estendendo com'è noto nel diritto greco-romano. È impossibile non vedere in questa innovazione un preludio del sistema penitenziario. Si tende specialmente all'emenda del reo. La *lex Iulia de adulteris* condanna gli adulteri alla relegazione, e li respinge affatto dalla società: COSTANTINO (nonostante la *costituzione cruenta spectacula,* di cui retro) li condanna a morte: GIUSTINIANO invece pensa che l'uomo abbrutito possa pure rifarsi anche dopo simili turpitudini e procura di aiutare questo ritorno con pena mitissima e col circondare l'individuo di quella solitudine e di que' rimedi d'ordine superiore, che sono certamente i più efficaci.

E poichè ci venne fatto di toccare questo punto, avvertiamo come la *cura de' carcerati* (naturalmente in custodia preventiva o in aspettazione del supplizio) abbia subito cominciato cogli imperatori cristiani. Ed è bella ed umana la *costituzione di Onorio* (*Cod.* 1, 4, 9) che a' magistrati e a' vescovi ingiunge la visita settimanale dei carcerati, « ne humanitas clausis per.... custodes negetur ».

CAPITOLO QUARTO.

LA PENA DI MORTE.

BIBLIOGRAFIA.

HEPP, *Die Streitfrage über die Todesstrafe* (La questione della pena di morte). 1835. — BERNER, *Abschaffung der Todesstrafe* (Abolizione della pena di morte). 1861. — MITTERMAIER, *Die Todesstrafe nach den Ergebnissen der wissensch Forschungen etc.* (La pena di morte secondo i risultati delle indagini scientifiche, i progressi della legislazione e dell'esperienza). 1862 (vers it. 1864). — HAUS, *La peine de mort.* 1867. — MEHRING, *Die Frage von der Todesstrafe* (La questione sulla pena di morte). 1867. — CHRISTIANSEN, *Die rechtliche Unmöglichkeit der Todesstrafe* (L'impossibilità giuridica della pena di morte). 1868. — HETZEL, *Die Todesstrafe in ihrer kulturgesch. Entwicklung* (La pena di morte nella sua storica evoluzione). 1870. — GEYER, *Ueber die Todesstrafe* (Sulla pena di morte). 1869 (tradotto con note di CARRARA). — BUCCELLATI, *Abolizione della pena di morte.* 1871. (cf. *Propedeutica al prog. Zanardelli,* ne' Rendic. Ist. Lomb. Luglio 1883). — PIERANTONI negli *Atti del I Congresso giuridico italiano,* 1872 p. 511 sq. *La pena di morte e il senato italiano.* 1876. — HOLTZENDORFF, *Mord und Todesstrafe* (Omicidio e pena di morte). 1875. — OLIVA, *Sulla pena da sostituirsi alla pena di morte* (Rend. Istr. Aprile 1883). — BORSO DI CARMINATI, *La pena di morte.* 1883.

Vedi inoltre la *Biblioteca Abolizionista* del CARRARA. — LUCAS, *La peine de mort.* 1874. — PESSINA, *Lezioni sulla pena di morte.* Napoli 1875.

ARGOMENTO.

784. Copia di lavori sopra questo argomento. — 785. Recente difficoltà sorta contro l'abolizione. — 786. Relativa risposta. — 787. Si risponde pure all'argomento della *opportunità.* — 788. Ultimo av-

versario della abolizione al parlamento italiano: argomento di questo. — 789. Risposta relativa. — 790. Ultimo avversario della abolizione della scuola tedesca. — 791. Conclusione.

784. Diamo solo l'ultima parola sopra questo grave argomento, che fu di recente oggetto di tali e tanti studi da offrire esso solo il materiale a ricchissima biblioteca (Buccellati, *Abolizione della pena di morte*, Milano, 1871: vedi in principio la *Bibliografia*).

Noi pure abbiamo seguito con vario intento la *vicenda* di questa questione (*Abolizione*, ecc. — *Razionalità del diritto penale*, Milano, 1875 — *Pena militare*, 1871 — *Guida - appendice*, 1865 — *La pena di morte ed il Senato italiano*, 1876), ed avremmo creduto appieno esaurito l'argomento, se un compianto nostro collega non avesse in quest'anno stesso risollevata la quistione nell'Istituto Lombardo, dando occasione ad *equivoco*, ragione per cui mi sento in dovere di rammentare la discussione e dissipare le difficoltà nuovamente opposte.

785. Il 26 Aprile 1883 l'illustre giureconsulto Oliva, dopo aver fatta saviamente la confutazione della pena dell'*ergastolo*, quale è descritta nell'art. 12 del Progetto Mancini, lasciava a dubitare del principio razionale, che esige l'abolizione della pena capitale, ed insistendo io per più esplicita dichiarazione, ebbi in risposta il richiamo della *teorica di* Romagnosi (V. *Rendic. Ist. Lomb.*, 1883).

Da qui naturalmente derivava che la pena di morte si potesse considerare *legittima*, come mezzo efficacissimo di intimidazione (*controspinta criminosa*).

La dottrina di Romagnosi è pur quella, cui presumono seguire gli attuali sperimentalisti, i quali perciò non dubitano della *legittimità* di questa pena, e, se ne propugnano l'abolizione, lo è per ragione d'opportunità.

786. Noi, fedeli alla razionalità del diritto penale, respingiamo tale dottrina, la quale sarebbe la negazione del principio stesso.

L'opportunità è sempre subordinata alla ragione; e quando una pena sia razionale, noi non potremmo *scientificamente* (lo che vuol dire in *senso assoluto*) volerne la proscrizione. — La questione di opportunità, siccome affatto *relativa,* la accettiamo soltanto nell'ordine *positivo,* quando si tratti di formare un codice.

L'abolizione della pena capitale non è, a nostro avviso, l'effetto del *sentimentalismo* e neppure dell'*opportunismo;* ma il portato necessario del progressivo sviluppo dell'idea penale.

Gravissima è l'autorità di Romagnosi; ma possiamo noi credere che la *Genesi* di questi stabilisca le Colonne d'Ercole del diritto punitivo?

Altrove nel *trattato delle teorie* abbiamo esposta ed altamente apprezzata la teorica di Romagnosi; ma abbiamo eziandio dimostrato: come questa successivamente venisse a *modificarsi;* sì che dando la prima ragione del principio, che attualmente giustifica il diritto penale: *reintegrazione dell'ordine giuridico*, apriva naturalmente la via al *razionale* concetto della pena: *restrizione di libertà.*

Epperò abbiamo colla scorta stessa di Romagnosi *pienamente* compreso esclusa la pena di morte, che distrugge ciò che si dovrebbe *ristabilire.*

O il potere sociale è di sua natura *incommensurabile,* o se ha un confine, questo deve essere necessariamente la vita dell'uomo.

Il confine poi di questo potere noi non possiamo idealmente derivarlo d'altronde, che dalla natura del potere stesso e dalla ragione, per cui si esercita; orbene, il po-

tere è costituito soltanto dalla *aggregazione di libertà individuali,* ed il reato, a cui il potere si riferisce, risulta dall'*abuso di questa libertà.* Necessariamente quindi a questo concetto deve limitarsi la pena (Vedi *definizione della pena*).

787. Queste idee penetrarono ormai nella pubblica coscienza in modo, che non v'ha oggi filosofo (se togli qualche Hegheliano), il quale non sia necessariamente abolizionista. I sostenitori perciò della pena di morte si trincerarono entro i confini dell'opportunità, cioè accettando la pena di morte, come mezzo *relativamente necessario,* per frenare la delinquenza. Non possiamo accogliere quest'argomento; dacchè l'utilità d'un istituto è sempre subordinata all'intrinseca giustizia di questo.

Giova ad ogni modo avvertire: che la recentissima statistica italiana starebbe in nostro favore. Col 1878 tutti gli italiani erano persuasi per l'esperienza di due anni e più ancora, per il programma degli uomini chiamati al potere, che l'abolizione *di fatto* era sicura nel nostro regno; vi era dunque a temere un aumento di omicidii col mancare di questo supposto mezzo di intimidazione; ebbene, avventuratamente accadde il contrario: nel 1868 vi furono 4277 omicidii fra consumati e mancati, nel 79 ve ne furono 4142, nell'80 3632; nell'81 3200; e così via, sempre in diminuzione fino ad oggi, per quanto ci consta.

788. E tanto basterebbe su questo inesauribile argomento, se non sentissi il bisogno come appendice a quanto altrove scrissi in proposito, di accennare alle difficoltà esposte dal deputato Gabelli in occasione della discussione del progetto Mancini, delle quali difficoltà si disse, che non erasi tenuto sufficientemente ragione.

Esso avvisa: che duemila omicidii (ed altri duemila omicidii mancati) si commettono in un anno nel nostro Stato,

e propone la pena di morte come rimedio (*Discuss.*, ecc., pag. 24 e segg.).

789. Quando GABELLI parlava (al primo insediamento della sinistra), si eran pur date in Italia molte esecuzioni capitali: la sua asserzione dunque provava l'*inefficacia* del rimedio proposto.

Accennava egli a commissioni speciali istituite dal governo austriaco e al vantaggio, che arrecarono alla pubblica sicurezza (*Loc. cit.*).

Verissimo! Si noti però: che queste commissioni erano una deroga al diritto comune, era una legge *marziale*, così detta appunto quando la frequenza di reati danno a dubitare dello sfacelo sociale; ed in tal caso al diritto penale è sostituito il *diritto di guerra*, alla reintegrazione dell'ordine giuridico il *vim vi repellere licet* (BUCCELLATI, *Abolizione della pena di morte*, pag. 40 e segg.).

Questo diritto di difesa fino alla morte di chi ci aggredisce, riconosciamo noi pure ed anzi lo estendiamo contro quelle persone, che armate per la difesa della società, rivolgono la loro forza contro la società stessa (Vedi *Pena militare*). Con ciò rispondiamo all'altra osservazione di GABELLI: « perchè allora la volete mantenuta nel codice militare? » (*Loc. cit.*).

Del resto, a pari di GABELLI, lamentiamo pienamente la contraddizione fra l'abolizione della pena di morte e la taglia, per cui si domanda a pagamento la consegna di un reo vivo o morto. « Credete, signori, che coloro i quali vendono un tanto al chilogramma la carne di un uomo, possano avere il diritto di sostenere l'abolizione della pena di morte? » (*Discussioni*, ecc., pag. 25 e segg.). Ottimamente!

790. L'ultima voce autorevole, che s'è fatta sentire in favore della pena di morte, è la postuma del WÄCHTER

nel suo *Deutsches Strafrecht,* pag. 92 e segg. Riassumiamo in breve la sua argomentazione, alla quale si troverà una risposta nella dottrina generale sul *reato* e la *pena* ed in ciò, che si espose retro in questo capitolo: « È legittima ogni pena, che non offenda la morale e l'umanità, qualora essa sia necessaria per reagire contro il torto e reintegrare il diritto infranto. Il sacrificio della vita di un delinquente è un *diritto* e un *dovere*, se è necessario a sanzione del diritto, poichè la vita non è un bene assolutamente intangibile; tanto è vero che ognuno ammette si possa sacrificare per beni morali più elevati, p. e. in una giusta guerra. La necessità poi vi è veramente per alcuni reati i quali solo nella morte possono trovare soddisfazione pel diritto infranto ed espiazione sufficiente per la colpa, p. e. l'omicidio. — È questa l'opinione della gran maggioranza dei criminalisti e specialmente de' pratici; è questa la convinzione del popolo e l'espressione di quasi tutte le legislazioni. — È inconseguenza degli abolizionisti respingere come illegittima la pena di morte e poi concederla pei reati militari e le sommosse marittime: Ciò vuol dire che essi la riconoscono necessaria in taluni casi, e in questi stessi casi conforme a moralità e giustizia ».

791. Concludiamo: la pena di morte giustificata nella storia secondo il progressivo sviluppo del principio, che governa il diritto di punire, attualmente non regge secondo ragione e non si può neppure invocare per motivo di opportunità; ciò nel corso ordinario in una società organata secondo giustizia e non nelle condizioni straordinarie, in cui la morte è *conseguenza necessaria* e *istantanea dell'aggressione.*

Abolita la pena di morte, sorge questione sopra la sostituzione di questa: noi risponderemo dove avremo a considerare i vari stadi del sistema penitenziario.

CAPITOLO QUINTO.

DEI REQUISITI DELLA PENA.

BIBLIOGRAFIA.

Bentham, *Principles of criminal politic* (Principî di politica criminale) trad. in tedesco da Hepp, 1839. — Wahlberg, *Princip der Individualisierung in der Strafrechtspflege* (Principio dell'individualismo nell'applicazione della legge penale). 1869.

Argomento.

792. I requisiti della pena si distinguono in *intrinseci*, che derivano dalla sua stessa natura e ne costituiscono il *carattere;* ed *estrinseci*, che determinano il *modo di esecuzione*.

793. Intrinsecamente la pena dev'essere: 1.° *morale*, cioè conforme alla dignità personale del reo secondo la norma universale: *rispetta l'essere nel suo ordine intrinseco;* 2.° dev'essere *giusta*, cioè non colpire che quelle azioni, le quali violano il diritto; 3.° *necessaria*, che intervenga cioè, quando siano esauriti tutti gli altri mezzi idonei a tutelare il diritto; 4.° *adeguata* al misfatto o all'ordine giuridico offeso. L'eccessività della pena è viziosa anche sotto l'aspetto politico per la triste influenza, che

esercita sui costumi popolari; 5.° *uguale*, cioè senza accettazione di persona o privilegio; 6.° *afflittiva*, contraria al bene *soggettivo*, che il reo si ripromette dal reato: uno spostamento dello stato, in cui egli vuole adagiarsi col delitto: un attacco reale alla sua prava volontà; 7.° *personale*, applicata cioè esclusivamente al reo; 8.° *riparabile* o *remissibile*, essendo sempre fallibile l'umana giustizia; e sopratutto 9.° *riabilitante* o possibilmente *emendatrice*. Oud'è che benissimo il WAECHTER (*Deutsches Strafrecht*, pag. 92) dichiara *illegittime* le pene, che ottundono il senso d'onore, che rendono impossibile al colpevole di ritornare agli uffici della vita civile e sopratutto quelle, che lo espongono a maggior pervertimento.

794. Requisiti estrinseci, che si riferiscono al modo di applicazione, sono: 1.° *certa* o *indefettibile*, in modo che dato il reato sia immancabile l'effetto della pena; 2.° *pubblica*, per togliere il sospetto di vendetta privata e pel controllo necessario al potere; 3.° *pronta* a riparazione dello scandalo; 4.° *divisibile* o *frazionabile* all'infinito secondo il vario grado di imputazione; 5.° finalmente (ed è questo l'effetto degli altri requisiti) *esemplare*, tale cioè da rimovere anche gli altri dal delitto. Il WAECHTER (*Deutsches Strafrecht*, pag. 92) nega il requisito della *divisibilità* della pena per taluni reati, « per cui di regola va determinata *assolutamente* la pena ». Questa dichiarazione è egli costretto a fare, per giustificare la legittimità della pena capitale. Per la stessa ragione passa egli in silenzio il requisito della *reparabilità*.

Per quanto sia sottile la legge nel governare questo istituto, è impossibile assicurarne praticamente un buon effetto, se non vi concorre la *coscienza del giudice*. Al qual proposito valga il monito antico: « perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur

quam causa deposcit: neque enim severitatis aut clementiæ gloria adfectanda est, sed propenso iudicio prout quœque res expostulat, statuendum est » (D. 48, 19, 11, 1).

CAPITOLO SESTO.

PENE PRINCIPALI E ACCESSORIE, GRADUALITÀ ED EFFETTO.

—

BIBLIOGRAFIA.

V. Wick, *Ueber Ehrenstrafen* (Sulle pene contro l'onore). 1853. — Zugschwerdt, *Schärfungen der Freiheitsstrafe* (Inasprimento delle pene contro la libertà). 1865. — Holtzendorff, *Die Deportation alo Strafmittel* (La deportazione qual modo di pena). 1859. — Heinze, *Die Strafe der Konfiskation* (La pena della confisca), nel Goltdammer' s. Archiv. 1857.

Argomento.

795. Pene principali. — 796. Specie varie di queste. — 797. Necessità di due classi distinte di pena. — 798. Pene accessorie. — 799. Ragione di queste e loro comprensione nella *detrazione di libertà*. — 800. Sorveglianza di polizia. — 801. Moderazione di questa pena. — 802. Sistema di gradi. — 803. Ragione di questo sistema che non vige più ai nostri giorni. — 804. Il sistema olandese. — 805. *Effetti* della pena.

795. Nella definizione della pena abbiamo avvertito: che deve essere questa *qualitativa* e *quantitativa,* cioè deve rispondere alla *specie* ed alla *misura* del delitto.

Limitato il concetto della pena alla *detrazione di libertà,* non è a dirsi per questo che sia tolta la possibilità di stabilire varie specie di pena entro questi confini (Vedi retro 760).

796. 1.° *Pene principali.* Attenendoci al sistema comunemente seguito, si potrebbero distinguere le seguenti specie: 1.° *ergastolo;* 2.° *reclusione;* 3.° *relegazione;* 4.° *prigionia;* 5.° *detenzione;* 6.° *arresto;* 7.° *custodia.*

Non accolgo la *deportazione,* che ha contro di sè la convinzione generale dei giuristi contemporanei e le esperienze, che ne son fatte in Inghilterra e Francia (PESSINA, *Appunti allo schema,* ecc., pag. 9).

L'*istituto delle colonie penali agricole o industriali,* è un modo, con cui si applica il sistema diverso carcerario.

Entro questa sfera può spaziare il legislatore ed il giudice, avvertendo alla massima semplicità nella scelta di queste pene, di che è tipo l'attuale progetto italiano che; stabilita in sostituzione della pena capitale la segregazione perpetua, (1.° *ergastolo*); limita la scala a due pene parallele, 2.° *prigionia,* 3.° *detenzione;* facendo seguire 4.° la *interdizione ai pubblici uffici,* come conseguenza naturale dell'atto turpe; e 5.° la *multa* come *accessoria ed eccezionale* (*Relazione* ZANARDELLI).

797. Per accettare il sistema proposto dal nostro Progetto, resta prima a risolversi la seguente questione: se debbansi in generale stabilire due classi di pene secondo la turpitudine o meno del reato?

Non è dubbio: che ripugna alla ragione mettere all'istessa stregua colui che è spinto al delitto da una abbietta passione, e quello che con intento erroneo, ma impeto generoso, offende la legge.

Secondo dunque il carattere intrinseco del reato è bene stabilire *due categorie di pene,* e queste nella diversa specie sopra indicata; giacchè questo movente diverso (meno nei massimi delitti, a cui si conviene l'*ergastolo*) si manifesta nelle varie gradazioni della delinquenza.

Perciò alla *reclusione* si contrapponga la *relegazione,*

alla *prigionia* la *detenzione,* all'*arresto* il *domicilio coatto* in casa propria. — Noi siamo paghi delle due linee parallele del progetto: *prigionia e detenzione.*

Per determinare la singola pena conveniente a certo reato, deve il legislatore avere riguardo al lato *oggettivo* od estrinseco, al modo ordinario, onde si presenta l'azione, e p. es. nel *falso,* nella *truffa,* nello *stupro,* nell'*assassinio,* si manifesta animo abbietto, epperò la legge imporrà la *prigionia;* nei reati, così detti *politici,* di stampa, duello, siccome suole apparire un intento meno ignobile, si applicherà la *detenzione.*

Questo è il *criterio generale* od oggettivo, che può però modificarsi, quando si tratta dell'esame speciale e soggettivo; ed in tal caso deve avere facoltà il giudice di mutare la pena.

I reati, poniamo, di stampa per i quali a torto da MANCINI si vorrebbe stabilire una pena *privilegiata* (*Progetto,* art. 16, § 2), quelli di duello, provocazione od impeto, ed i reati detti politici parrebbero doversi punire con pena non turpe; eppure si danno in questi casi alcune circostanze, in cui si manifesta nel delinquente la più vile turpitudine, quale siamo soliti riconoscere nell'*assassinio* e nel *ricatto;* mentre al contrario in reati, che presentano tutti gli elementi dell'assassinio e del ricatto, vi saranno circostanze, che ne giustificano relativamente l'intenzione (Vedi *Propedeutica in princ.*).

Non basta dunque solo: che sia stabilita la distinzione di due classi di pene *infamanti e non infamanti* (si tratta qui dell'*infamia facti* aderente alla natura dell'atto e non dell'*infamia iuris* imposta dal legislatore, e perciò artificiale); ma si deve lasciare la facoltà della sostituzione al giudice della pena della *detenzione,* quando risulta che il delitto fu l'effetto di un impulso non pravo; e viceversa.

La legge dà il criterio generale, al giudice l'eccezione.

798. 2.° *Pene accessorie*. Sarebbero queste: 1.° la *multa*; 2.° la *interdizione* o *sospensione dai pubblici uffici* o da *professione od arte*, per cui si richiegga una licenza speciale dall'autorità; 3.° *vigilanza speciale di polizia;* 4.° *confine ed esiglio locale*.

799. Poichè su queste varie pene sorgono difficoltà, così crediamo bene avvertire come il carattere di accessorio loro inerente risponde alle difficoltà stesse, in quanto che la convenienza o meno è giudicata volta a volta dal giudice, a cui è lasciata la piena facoltà dell'applicazione.

Così la pena di multa, come quella del confino ed esiglio locale sono affatto relative alle *condizioni personali;* epperciò come *accessorie* e *facoltative* ponno raggiungere conveniente applicazione ed equa misura.

Nè queste pene sono escluse dal concetto generico *restrizione di libertà*, il quale, se direttamente compete all'esiglio ed al confino, che *limitano la sfera dello spazio*, indirettamente comprende la multa e l'interdizione che limitano la sfera di *azione personale*.

800. Più vivamente si combatte la pena della *sorveglianza di polizia*, di cui fu propugnata l'abolizione da illustri magistrati nel *congresso giuridico di Torino*.

L'assoluta abolizione però ci pare pericolosa; e quindi abbiamo questa pena introdotta fra le accessorie, il cui carattere sarebbe d'essere *facoltativa;* cioè aggiunta ad altra pena principale colla frase: *potrà il giudice*.

801. Ciò che ripugna alla scienza, si è di stabilire a priori uno strascico d'infamia, dopo l'espiazione della pena. Può darsi invece che questa conseguenza naturalmente derivi dagli elementi materiali e morali del *delitto commesso*, e in tal caso deve lasciarsi al giudice il mezzo di dichiararla *positivamente*.

La seconda difficoltà sorge dal *modo*, con cui oggi è applicata questa sorveglianza, la quale creando un'atmosfera di diffidenza, toglie al sorvegliato la possibilità di procurarsi il lavoro, e gli rende difficile, per non dire impossibile, *la riabilitazione e l'emendamento*.

Al quale proposito non rimane che di esprimere il desiderio di speciali norme nella *legge di pubblica sicurezza*, che governa questo istituto, attendendo per l'avvenire i provvidi effetti delle *società di patronato*, le quali verrebbero in sostituzione dell'opera naturalmente *manchevole* delle polizie (V. *Nihilismo e ragione del diritto penale. - Proc. in fine*).

Altro inconveniente più grave in questa pena è la considerazione di questo giudicato come relativamente *irrevocabile*, che cioè debba seguire per tutto il *tempo determinato dalla sentenza*, sia pure il condannato divenuto morigerato e laborioso. Orbene, la nuova legge, in coerenza al carattere facoltativo della pena stessa, deve anche dichiararne la revocabilità, quando il sorvegliato dietro istanza all'autorità giudiziaria, possa provare di meritare lo scioglimento da vessazioni imposte dalla sua mala condotta. (Intorno a questo argomento, degnissima di seria considerazione è la dottissima Monografia dettata per il Congresso giuridico di Torino da L. LUCCHINI col titolo: *Gli istituti di polizia preventiva*. Torino, 1881).

802. § 3.° *Graduabilità ed effetto*. Rispetto alla misura della pena, non so posare tranquillo sul mal vezzo d'incatenare la coscienza del giudice con meccanismo irrazionale e perciò fallace dei *gradi* in ossequio ad una sentenza, che per noi oggi è un *anacronismo*.

803. La sentenza di Catone applicata esclusivamente al diritto penale: *optima lex quæ minimum relinquit arbitrio iudicis*, fu una naturale reazione all'antico arbitrio;

oggi i giudizi e la magistratura ci offrono garanzie sufficienti, per scongiurare il pericolo di tale arbitrio.

804. Vorremmo perciò attuato largamente il sistema olandese, la cui latitudine è massima, per non dire eccessiva. Poniamo: l'attentato contro la vita del re è punito colla prigionia a vita e colla temporanea non minore di tre anni (Art. 100 del Progetto e 92 del Codice: *Das niederländische Strafgesetzbuch,* Berlin, 1882).

La Commissione legislativa olandese ha ben compreso: che ormai fallace è il tipo ideale di reato determinato in modo assoluto; che dietro di questo vi ha l'uomo con infinite circostanze, e la vita stessa domestica e sociale, che influiscono sulla sua coscienza, secondo la quale va misurata la pena. — Affidatevi dunque pienamente al giudice con larga scala nei singoli casi, senza bisogno di prestabilirne i casi.

805. Gli *effetti* civili della pena, quali sarebbero le pene stesse accessorie: interdizione e sospensione di diritti, di uffici, d'arte e mestieri, e la riparazione del danno materiale e morale, debbono rispondere alla natura del reato.

Fra questi effetti noi non vorremmo inclusa la *incapacità di testare* (strascico della abolita *morte civile*), per non rifiutare al condannato il mezzo naturale di riparare ai propri torti; e neppure il divieto di testimonianza: « mentre si permette l'audizione in giudizio colla formola ipocrita d'essere uditi per somministrare indicazioni e schiarimenti alla giustizia ».

Altro naturale effetto è il *sequestro* dell'istrumento criminoso.

CAPITOLO SETTIMO.

SISTEMA PENITENZIARIO.

ARGOMENTO.

806. *Sistema penitenziario.* — 807. Origine razionale. — 808. Modi di attuazione. — 809. Origine storica. — 810. Tipo di carcere cellulare. — 811. Il sistema *irlandese.* — 812. Possibilità di attuazione di questo sistema in Italia. — 813. Difficoltà che si oppongono al sistema penitenziario: *l'isolamento contrario alla natura sociale,* — 814. *essenzialità* dell'ordine morale. — 815. Necessità del sentimento religioso. — 816. *Il sistema penitenziario è contrario al benessere fisico.* — 817. Si risponde a ciò indicando le norme attuali dettate dalla scienza. — 818. *Difficoltà finanziaria:* relativa risposta.

806. Colle pene principali ed accessorie sopra descritte si può attuare un *sistema penitenziario.*

Per l'esatta cognizione di questo sistema è necessario indagarne: 1.° l'origine razionale; 2.° l'origine storica; 3.° il sistema graduale *irlandese,* che a noi si presenta, come *tipo;* 4.° finalmente è debito dissipare le difficoltà, che a tali sistemi si oppongono, e così indirettamente svolgerne *la dottrina.*

807. § 1. ORIGINE RAZIONALE. — Fondamento del sistema penitenziario è l'*emendamento del reo.* Questo, come altrove abbiamo provato, non è il *fine necessario* della pena (*Rivista Penale,* vol. 9°, dicembre 1878); è però altro dei fini, che deve essere inteso e voluto dalla società, affinchè la pena ottenga la sua ragione: *reintegrazione dell'ordine giuridico.*

Il delinquente oggi non è considerato *hostia piacularis*, per placare la divinità, e non è distrutto o dimezzato nella sua personalità colla massima o colla media *diminuzione di capo*, come avveniva presso i Romani; non respinto dal consorzio sociale come i *banniti* o i proscritti del Medio Evo; e nemmeno, secondo più recenti teorie, sacrificato alla giustizia, quale argomento di salutare spettacolo per isgomentare il popolo e deprimerne gli impulsi criminosi; no! il reo, per quanto miserabile, è pur sempre *persona* e come tale fa parte necessariamente della famiglia sociale; questa non può dimenticarlo. Mentre quindi la società *uim dicit in eum*, per la reintegrazione del diritto violato, per la riaffermazione della sovranità e della legge, deve anche ottenere *(per quanto è possibile)* la conversione della sua volontà, donde ebbe origine il delitto. Solo a questo patto si presta conveniente omaggio alla legge da chi appunto l'ha violata, e completo è il ritorno all'ordine giuridico, piegando al bene ed alla volontà collettiva e razionale colui, che prima *liberamente* la offendeva.

Solo a questo modo la pena può riescire veracemente *espiazione e medicina dell'anima* (ιατρεία τῆς ψυχῆς) e può ridonare al corpo sociale risanato quel membro già prima guasto, raggiungendosi per eccellenza il sublime della carità cristiana: *ut vitam habeant et abundantius habeant.*

L'emendamento del reo però è *altro* degli effetti della pena (*riparazione*, *esemplarità*, *intimidazione*), non è l'effetto *necessario*, in quanto la pena stessa riconosce la sua ragione esclusivamente nel *riordinamento* giuridico. A tale intento (importa ripeterlo) il legislatore deve fare quanto è possibile, per raggiungere questo emendamento (poichè è parte questo della reintegrazione della pubblica coscienza); ma non deve attendere dall'emendamento stesso la giustificazione del suo potere.

La pena si volge ad una volontà criminosa per convertirla; ma la volontà è *naturalmente signora* e può ribellarsi alla conversione stessa, oppure può limitarsi alla semplice *manifestazione* di una volontà corretta.

Questa dottrina parte dal supposto: che in via ordinaria si possano i delinquenti ricondurre sul retto cammino, come il fatto eloquentemente lo dimostra, contro le procaci asserzioni di recenti sperimentalisti; ma non esclude la possibilità, che si abbiano anche delinquenti *abituali* ed *incorreggibili*, per il totale smarrimento del senso morale.

La nuova scuola, come estremo logico della *negazione di libertà*, ha annichilato il concetto vero e reale del delinquente, classificando delinquenti le *sole eccezioni della delinquenza*. Così Ferri stabilì le seguenti categorie: 1.° *pazzi;* 2.° *delinquenti nati;* 3.° *delinquenti per abitudine acquistata;* 4.° *d'occasione o di passione.*

Attendo che si rassodino questi supposti ritrovati della *fisiopsicologia* (?), l'esperienza intanto ci dice: che, se eccezionalmente taluno, come bruto, offre uno stato di alienazione morale e meglio che la prigione gli convenga il manicomio criminale, per la maggior parte invece sta l'antica sentenza, propria all'essere razionale: *video meliora, proboque; deteriora sequor.*

Epperò si procura un richiamo a ciò, che detta la coscienza; si pone come fondamento della pena la conversione del reo, ed il mezzo logico a ciò, la *penitenza.* (Vedi retro 158: 752-5).

808. Come poi si abbia ad organizzare questo sistema penitenziario, è argomento che affatica tuttora umanissime intelligenze.

Si pensò dapprima alla *assoluta segregazione;* ma se questa portava buoni effetti morali, contraddiceva poi all'umana natura, attraversava il corso delle facoltà razio-

nali, e da ultimo distruggeva il delinquente, ma non formava completamente l'operaio cittadino, sì bene uno sciagurato inebetito, incapace perciò di vivere in mezzo alla società.

Sovvenne quindi l'idea di abolire l'assoluta segregazione ed ammettere il lavoro in comune coll'obbligo del silenzio. Ma il silenzio non era possibile ottenerlo, per quanto dura la disciplina; epperò l'emendamento morale veniva mancando. Dippiù si avvertiva, che questo sistema di reclusione divezzava dai rapporti cogli uomini liberi e veniva a costituire dei reclusi una classe caratteristica pericolosa alla società.

Bisognava perciò trovar modo di educare *gradatamente* il condannato alla società, a cui deve ritornare; si propose di formare prima l'uomo *morale,* secondo l'uomo *operato,* terzo l'uomo *libero*.

Questo sistema graduale si può dire entrato nella coscienza universale, e, come vedremo più avanti, trova oggi la sua applicazione.

309. § 2. ORIGINE STORICA. — Nel mondo antico non abbiamo traccie del sistema penitenziario; perocchè l'emendamento del reo poteva essere il voto di qualche magnanimo pensatore, ma non era idea, che potesse armonizzare col diritto pubblico pagano e quindi tradursi in legge.

Poche erano le carçeri, e queste per la più parte *preventive,* nelle quali era pure ammessa la segregazione, ma non certo per procurarne l'emenda. Così CICERONE, parlando del carcere secondo la leggenda scavato da SERVIO TULLIO, dice: « Separantur a ceteris et in arcas coniiciuntur, ne quis cum iis colloqui possit. »

Anche nel Medio Evo poche erano le carceri; e queste si usavano specialmente per reati politici o per privata vendetta dei maggiorenti. Erano esse precisamente l'anti-

tesi della magnificenza dell'arte architettonica, che si manifestava negli splendidi palazzi signorili. In questi, sotto l'ampiezza delle sale, la dignità delle arcate, la superba agiatezza d'ogni ornamento, si scavavano a guisa di pozzo delle celle, in cui l'angustia, il tenebrore, e di frequente le battiture facevano lentamente consumare una vita a trastullo dell'altrui prepotenza e sevizie.

In queste carceri però era penetrato il raggio del cristianesimo e noi vediamo i primi vescovi invitare i fratelli a quest'opera di misericordia: « eamus ad carcerem, requiramus vinctos, humanis miseriis et angoribus condoleamus » (S. AMBROGIO).

Il cristianesimo nato per così dire nelle prigioni colla persecuzione, si educava ben presto a quest'opera santa, a cui l'autorizzavano del resto le leggi dei primi imperatori cristiani: COSTANTINO, GRAZIANO, TEODOSIO, GIUSTINIANO.

Era naturale che il ministro di Cristo, una volta entrato nel carcere, vi esercitasse la sua missione e chiamasse a *penitenza* i miseri condannati.

A tale intento si venivano a costituire anche Società Religiose, le quali godevano di speciali privilegi. Il Diritto Canonico poi, imperante allora, deve aver certo esercitato influenza per la riabilitazione dei condannati; donde le varie serie di prove del diritto penitenziario: *flentes, audientes, prostrati, consistentes.*

Un sistema però speciale non appare prima del secolo XVII. Nel 1677 certo Ab. FRANCHI fonda in Firenze la prima carcere cellulare, e quasi contemporaneamente nel 1681 GUGLIELMO PENN stabilisce in *Pensilvania* il primo carcere modello penitenziario, donde la vera origine del sistema, che perfezionato dagli studii di HOWARD, trova la sua applicazione nel carcere di S. Michele in Roma ed anche nella nostra Milano nel 1770.

810. Il carcere cellulare è formato di diversi raggi, i quali convergono ad un punto, dove ordinariamente vi ha anche la Cappella. Quanti sono i raggi, altrettante sono le gallerie, e queste ai due lati dànno accesso alle celle, di quattro a sei metri di larghezza, tre circa di altezza, con branda americana, tavolo, scanno, bacino con rubinetto e seggiola a commoda, che mette in un pozzo a sistema inglese.

Al basso si trovano piccole corti con ripari per la pioggia e tutto all'intorno l'edificio è chiuso da un ballatoio, sul quale sorvegliano le guardie.

Questo sistema, che oggi si può dire comunemente applicato per il carcere *preventivo,* non apparve sufficiente a raggiungere il pieno emendamento; e si sentì il bisogno di associarvi altri provvedimenti, i quali diedero occasione al *sistema misto,* cioè la *segregazione notturna* e il carcere in comune coll'*obbligo del silenzio;* s'aggiunse poi la *convivenza con uomini liberi;* e finalmente la *liberazione preparatoria:* lo che diede per effetto il sistema *penitenziario graduale,* il cui modello abbiamo oggi nelle carceri *irlandesi.*

Questo sistema, quali essi sieno i temperamenti e le modificazioni, ha per suo fondamento la *segregazione,* secondo la dottrina proclamata dalla nostra Commissione nel 62 per la riforma della scala penale.

811. § 3. SISTEMA IRLANDESE. — Il sistema irlandese si fonda sopra il principio comunemente accolto: = che l'isolamento cellulare e la reclusione in comune, non ponno, ciascuno da sè, esclusivamente corrispondere alle esigenze dell'umana natura =.

Esso è una derivazione dalla *servitù penale,* quale venne introdotta negli Stati Uniti Inglesi, dopo che fu abolita la deportazione in Australia, o meglio, dopochè questa si ri-

tenne quale norma amministrativa, come da noi il domicilio coatto.

In Inghilterra sarebbero stabiliti tre stadii: 1.° *residenza e isolamento,* che non si estende oltre nove mesi, e può essere per buona condotta accorciato; 2.° *la vita in comune ed il lavoro;* 3.° *la libertà provvisoria* sopra carta di congedo, che può essere ritirata in caso di contravvenzione, fino all'epoca della totale espiazione.

In Irlanda fra il secondo ed il terzo periodo Walter Crofton introdusse nel 1854 un altro stadio *(intermediate prison),* che si interseca fra il lavoro in comune e la libertà provvisoria, e tende appunto a disporre meglio alla libertà.

Per tal modo si sono stabiliti i quattro stadii nell'ordine seguente: 1.° *cellulare,* che non può oltrepassare un anno e senza il carattere dottrinario e dispotico, che troviamo nel sistema *pensilvanico:* tolta quindi la maschera, levati gli stalli separati in Chiesa, abolite le piccole corti, quasi cassoni.

Si distinguono in questo stadio tre classi: *a*) *separazione assoluta* della durata al più di quattro mesi, in cui la mancanza del lavoro concentra tutta l'attività alla meditazione e conversione; *b*) *lavoro* con qualche mercede e la porta della cella aperta con rigorosa sorveglianza; *c*) *aumento della mercede* e più facile rapporto coi maestri di lavoro. Si ricrea *l'uomo.*

2.° *Lavoro in comune* e *segregazione notturna,* con speciale intento di formare *l'operaio.*

3.° *Prigione intermediaria,* che è la caratteristica del sistema irlandese. Questa presenta l'aspetto di casa industriale: i detenuti trovansi associati con uomini liberi ed onesti: ricevono commissioni per la città, donde ritornano all'ora fissata: sono anche loro permesse le passeg-

giate pochi giorni avanti uscire dallo stabilimento. Questa libertà di movimento e la comunione con uomini liberi nelle scuole e nelle officine formano il *cittadino,* di cui si ottiene la piena prova colla libertà provvisoria.

Per le donne alla prigione intermedia è sostituita la casa di rifugio.

4.° *La libertà provvisoria,* la cui prova assicura il *libero cittadino.* Non è veramente un condono di pena, ma un modo speciale di *esecuzione;* imperocchè il biglietto di congedo è sempre condizionato alla sorveglianza di polizia.

Questo sistema ormai gode l'applauso di tutti e già il nostro CAVOUR ne riconosceva la efficacia (V. *Verbali della Com.,* 1876 - *Pene* = *Riv. Discipline carcerarie,* 1872. Fasc. 11, 12).

Non è perciò che lo si voglia imporre, quale lo si trova oggi vigente in Irlanda. Ci basta seguirlo nel suo spirito, nella formazione cioè dell'*uomo* (1° stadio), dell'*operaio* (2° stadio), del *cittadino* (3° stadio), del *libero cittadino* (4° stadio).

812. Nè credo che sia tanto difficile l'attuazione.

Nelle nostre carceri a sistema penitenziario un savio direttore può trovar modo di applicare questi varii stadii, come lo si potrebbe perfino nelle carceri militari, dove il 1° stadio colla distinzione di classi potrebbe aversi nel *reclusorio,* il 2° stadio nelle *prigioni militari,* le quali abbisognano di radicale riforma, il 3° stadio nelle *compagnie di disciplina,* il 4° finalmente colla *libertà provvisoria* in attività di servizio (BUCCELLATI, *Pena Militare*).

Le difficoltà, che si oppongono a questo sistema, sono gravissime e noi volontieri le affrontiamo, perchè anche ci prestano occasione per studiare *le modalità per l'applicazione del sistema stesso.*

813. § 4. DIFFICOLTÀ CHE SI OPPONGONO AL SISTEMA

PENITENZIARIO IN GENERE ED IN ISPECIE AL SISTEMA GRADUALE IRLANDESE. — La più grave difficoltà è quella dedotta dalla natura dell'uomo, il quale è un essere *necessariamente sociale,* epperò a lui ripugna questo assoluto isolamento.

Conveniamo; epperciò il *sistema pensilvanico* si può dire oggi abolito e la segregazione non è di lunga durata, ma breve e sciolta da quel severo dottrinalismo, che ripugna all'umana sociabilità.

L'isolamento è solo relativo alla conversione; e, se varca questi confini e minaccia la intelligenza, vi ha subito un provvedimento, mercè l'opera del medico, sotto alla cui cura con piena responsabilità sono affidati i reclusi.

Lasciamo le dottrinali aspirazioni e atteniamoci *al fatto.* Il prigioniero dai carabinieri è consegnato al direttore del carcere, il quale sottopone il nuovo ospite alla visita del medico, al bagno, alla completa pulitura fisica. Indossatagli quindi l'assisa del carcere, col berretto sugli occhi, contrassegnato da un numero (il solo nome che gli rimanga), si avvia alla sua cella, dove non ha contatto, se non cogli ufficiali della casa.

Tutto solo, si abbandona dapprima ad atti di furore: « bestemmia Dio, i parenti, l'umana specie, il luogo, il tempo, il seme di sua semenza e di suo nascimento »; ma poichè nessuno gli si oppone, riconoscendo vani gli sforzi, piega alla mano invisibile, che lo stringe. — Se non reagisce, è perchè non ha chi gli faccia male, che anzi rispettosamente i custodi gli prestano ciò che abbisogna. Nella cella rimasto solo con buoni libri, dopo avere colto le prime idee dagli oggetti, che lo circondano, esigendo pure incessante pascolo la mente, va ruminando il cibo già digesto e lo estrae dal fondo dell'anima. Così comincia a riflettere e a meditare su di sè, sulle tristi

conseguenze della sua condotta e le sue meditazioni sono interrotte soltanto dalla visita de' cappellani e di quei generosi, la cui missione è di confortare gli afflitti. Certo non è il prigioniero destinato alla vita contemplativa, ma poichè vi è indotto dalla necessità, prova i benefici effetti di questa: la violenza delle male abitudini, il rimorso, la disperazione e da ultimo il conforto ed i santi propositi....

Quest' opera, che si attende nel primo stadio, non può essere il prodotto di un materiale meccanismo. L' uomo solo senza una provvida guida intristisce ed affoga ne' suoi pravi istinti: dove l'atmosfera non dia segno di vita morale e regni solo disciplina reggimentale, il freddo glaciale della tomba raggrinzisce l' anima. Solo elemento vivificatore è la Religione: *il resto è niente!*

814. In un cellulare l' ordine esterno sarà maraviglioso; ma senza alcuna efficacia, se non armonizza coll'ordine morale delle singole celle; e questo non può procedere d'altronde, che dall'elemento Cristiano. — Badate, o razionalisti e scettici: la società attuale, senza differenza di culto, *è necessariamente cristiana nelle sue istituzioni:* fin nelle carceri; anzi per eccellenza nelle carceri (Vedi gli *Atti dei Congressi*).

815. Un direttore delle carceri ateo, che disprezza questo principio e fa pompa della sua empietà, è l' uomo il più fatale al cellulare! — Bisogna che nel prigioniero si sollevi la coscienza umana; e questa, mercè una voce benefica, che gl' insegni: dover noi soffrire perchè Dio ha fatto della pena la compagna inseparata del delitto; perchè questo è il solo modo per espiare la colpa; perchè così ci uniamo al nostro Dio riparatore dei mali dell'umanità!! — Il *Crocifisso* è il miglior conforto ed esemplare!

È però argomento delicatissimo; poichè, se necessaria è l' azione del ministro di religione, importa però anche

scongiurare il grave pericolo di un *forzato proselitismo*, facile conseguenza dell'influenza religiosa. — La coscienza non deve mai perdere i suoi diritti: essa è naturalmente libera, epperò rilutta alla fede, che le sia violentemente imposta.

Il ministro di religione o le suore devono esercitare la loro azione per la *riforma morale*; ma non varcare i confini della loro missione e dare a sperare, che dagli effetti della loro parola al Direttore dipenda la sorte materiale del condannato: ciò può dar luogo, specialmente nel cellulare delle donne, alla ipocrisia (HOLTZENDORFF, *Osservazione su Moabit*).

L'interno emendamento, che per tal modo si inizia nel primo grado, si completa soltanto successivamente col *contatto degli uomini liberi*, col *lavoro*, colle *prove della libertà condizionale*.

Questo perfetto sistema educativo, nonchè contro natura, come si grida, è *il più razionale rinnovamento* di *tutto l'uomo*.

810. La seconda difficoltà è *complessa* e si risolve nell'avversare il sistema penitenziario, siccome *contrario al benessere fisico*.

Importa avvertire: che la pena, come sopra abbiamo dimostrato, dev'essere necessariamente un *male afflittivo*; e quindi questo carattere deve pure riconoscersi nel sistema penitenziario.

Del resto rispondono convenientemente a ciò le norme, che la scienza e la pratica suggeriscono per la costruzione ed il governo di questi istituti.

811. 1.° Scelta di luogo opportuno, esente da umidità, elevato, difeso dai venti, ricco di acque salubri.

2.° Robusta costruzione con ampiezza di locali, e possibilmente rallegrata da ridente vegetazione, con libera

circolazione d'aria e caloriferi, segnandosi i confini o il muro di cinta a più metri lontano dall'edificio.

3.° Alimenti sufficienti e sani, abolizione assoluta delle cantinelle, cura speciale nella scelta delle farine e delle carni, siano pure equine, e delle bevande, raccomandate alcoline specialmente dove domini la scrofola.

4.° Ottima amministrazione, seguendosi un sistema misto fra la regia e l'appalto.

5.° Finalmente, ciò che più importa è la scelta del personale, a cui è affidata la disciplina: e la cura singolare del recluso dev'essere *igienica* (vestito, vitto, bucato, ecc.), *istruttiva,* relativa cioè alle scuole ed al lavoro.

A tale scopo è consigliato: che sia data una speciale educazione alle guardie delle carceri (*secondini, moschettieri*), le quali devono essere scelte di preferenza fra i più distinti soldati in congedo ed in relazione al loro delicato ufficio debbono essere dignitosamente corrisposte.

818. 3.° Una terza difficoltà (ed è quella che si oppone in tutti gli Stati Europei) deriva dalle *condizioni finanziarie.*

Noi non neghiamo: che il proposto sistema esiga ingenti capitali; ma di questi è assicurato largo interesse, poichè, sconsigliando le mezze misure di adattamento, e procedendo alla costruzione di nuove case, si assicura anche la migliore economia per l'avvenire: minori impiegati, maggior produzione di lavoro, prevenute le evasioni e relativamente anche la recidiva.

Checchè ne sia di questa difficoltà, mentre scrivo (fine 1883), mi guardo d'attorno e parmi poter dire: che non siamo di troppo lontano dall'assestamento generale delle carceri.

CAPITOLO OTTAVO.

ATTUALITÀ.

—

BIBLIOGRAFIA.

VILAIN XIV, *Mémoire sur les moyens de corriger les malfaiteurs*. 1775. — HOWARD, *State of prisons* (Stato delle prigioni). 1784. — ROSCOE, *Osservazioni sulla giurispr. penale e l'emenda de' rei*, vers. ital. 1823. — LAROCHEFOUCAULD-LIANCOURT, *Des prisons de Philadelphie*. 1819. — VILLERMÉ, *Des prisons*, etc. 1820. — DANJOU, *Des prisons* etc. 1821. — JULIUS, *Vorlesungen*, etc. (Lezioni sulla scienza carceraria). 1827, vers. franc. 1831. — LUCAS, *Du système pénal et du système répressif en général*. 1827. — BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*. 1827. (3.ª ed.). — LUCAS, *Du système pénitentiaire en Europe et aux États Unis*, 1828-31. — BLOSSEVILLE, *Histoire des colonies pénales de l'Angleterre dans l'Australie*. 1859. (2.ª ed.). — DE BEAUMONT et TOCQUEVILLE, *Du système pénitentiaire aux États-Unis*. 1845. (3.ª ed.). — SMITH, *A Defence* etc. (Difesa del sistema pensilvanico). 1833. — MARQUET-VASSELOT, *Examen historique et critique des diverses théories pénitentiaires*. 1836. — VOLPICELLA, *Delle prigioni e del loro migliore ordinamento*. 1837. — LUCAS, *De la réforme des prisons*. 1838. — MARQUET-VASSELOT, *Du système cellulaire de nuit*. 1837. — ID., *École des condamnés*. 1838. — ID., *Philosophie du système pénitentiaire*. 1838. — PETITTI DI RORETO, *Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di migliorarla*. 1840. — LAROCHEFOUCAULT-LIANCOURT, *Examen de la théorie et de la pratique du système pénitentiaire*. 1840. — MITTERMAIER, *Du progrès du système pénitentiaire en Italie*. 1841. — MORICHINI, *I Romani pontefici furono i primi a concepire ed eseguire il ben inteso miglioramento delle prigioni*. 1841. — LE PRINCE OSCAR DE SUÈDE, *Les peines et les prisons* (trad. franc. del 1842). — INCORONAYA, *Carcere correzionale*. 1842. — PETITTI DI RORETO, *Condizione esordiente della Riforma delle carceri*. 1842. — ALLIER, *Le système pénitentiaire et les sociétés de patronage*. 1842. — MANCINI, *Migliore ordinamento del nuovo gran carcere d'Avellino e in-*

troduzione della riforma penitenziaria nelle due Sicilie. 1842. — PORRO, *Sulla riforma carceraria.* 1843. — HOOREBECKE, *Études sur le système pénitentiaire en France et en Belgique.* 1843. — ID., *Études sur le système pénitentiaire.* 1844. — VOLPICELLA, *Proposta di una compiuta riforma delle prigioni.* 1847. — BONNEVILLE, *Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire.* 1847. — ID., *Débats du congrès pénitentiaire de Franc-Fort-sur-le-Mein.* 1847. — M.me MALLET, *Des femmes en prison.* 1847 (2.a ed.). — DE-LURIEU et ROMAND, *Rapport à M.r le ministre de l'intérieur sur les colonies agricoles.* 1851. — SCHLATTER, *Einzelhaftssystem* (Sistema d'isolamento). 1856. — SOUSA AZEVEDO, *Relatorio apresentado ao ministerio da justiza em 20 de abril de 1857 sobre as prisões de Europa.* — RÖDER, *Besserung der Gefängnisse* (Miglioramento delle prigioni coll'isolamento). 1856. — MITTERMAIER, *Besserung der Gefängnisse* (Miglioramento delle prigioni). 1858. — EBERTY, *Die Gefängnisse in ihren,* etc. (Le prigioni nelle loro relazioni coll'evoluzione della giustizia punitiva). 1858. — SOUSA AZEVEDO, *Relatorio apresentado ao ministerio da justiza em 20 outubro de 1858 sobre as prisões de Europa.* — HOLTZENDORFF, *Irl. Gefängnissystem* (Sistema delle prigioni irlandesi). 1859. — CALLIXTO, *Alguas palavras sobre o estado actual das prisões.* 1860. — LYRES DE GOUVEJA, *A reforma das cadeias em Portugal.* 1860. — MITTERMAIER, *Stato attuale della questione delle carceri,* vers. ital. 1860. — *Relazione della Commissione istit. con R. Decreto 16 febbr. 1862 per l'esame di varj quesiti relativi alle materie penitenziarie.* 1863. — GIROLAMI, *Espiazione penale secondo i moderni sistemi penitenziari.* 1863. — RÖDER, *Strafvollzug im Geiste des Rechts* (Esecuzione della pena nello spirito del diritto). 1863. — ELLERO, *Dell'emenda penale.* 1864. — VAN DER BRUGGHEN, *Études sur le système pénitentiaire irlandais* publié par HOLTZENDORFF. 1864. — HOLTZENDORFF, *Kritische Forschungen nach den Principien,* etc. (Ricerche critiche sui principî e i risultati del sistema penale irlandese). 1865. — VAZIO, *Effemeride carceraria.* 1865 e sg. — JOHN, *Strafanstalten* (Istituti di pena). 1865. — HEINE, *Besserung als Strafzweck* (Miglioramento qual scopo della pena). 1866. — BRUSA, *Sorveglianza speciale, libertà preparatoria e ammonizione repressiva.* 1866. — BELTRANI-SCALIA, *Sul governo e sulla riforma delle carceri.* 1868. — *Due lettere al cav. Vazio.* 1869. — GABBA (Bassano), *La scuola di Röder e l'isolamento carcerario.* 1869. — GARELLI, *Emenda penale.* 1869. — HOLTZENDORFF, nel *Rechtslexicon* I 657. III 1446.

ARGOMENTO.

819. La necessità di una riforma nella scala *penale* dei Codici è sentita in Europa, con speciale tendenza al sistema penitenziario.

Intanto però la ragione *politica* e *finanziaria* attraversa e rallenta il movimento; di guisa che, di fronte al voto della scienza, troviamo tuttora in molti Stati la pena di morte, altre pene corporali ed infamanti e le carceri in comune, le quali, non che provvedere all'emendamento, costituiscono una *reale associazione di malfattori*.

L'attuazione del sistema penitenziario è pressochè solo *ad pompam* nei grandi Stati, accontentandosi, quasi in omaggio all'imperiosa dottrina, di qualche carcere modello, in cui si concentrino gli studii e le cure dei Governi e dei dotti, senza provvedere alle masse dei condannati, che sciupano miseramente la loro esistenza nei vecchi fortilizi e spelonche.

Dove appare più sollecita l'opera della *autorità locale*, è nelle carceri preventive, siccome quelle che più davvicino interessano la giustizia e la pubblica sicurezza.

Le *autorità centrali* o gli Stati procedono, come al principio di questo trattato si avvertiva (736), di concerto coi *Congressi Penitenziarii* per stabilire un criterio comune sopra i più gravi argomenti, che si riferiscono al sistema carcerario in genere.

820. È bene perciò conoscere le deliberazioni del più autorevole di questi (*Congrès Pénitentiaire International*

de Stockholm 15-26 Août 1878 — Comptes-Rendus des séances, publiés sous la direction de la Commission Pénitentiaire International par le doct. Guillaume, directeur du Pénitencier de Neuchâtel, segrétaire-général du Congrès).

1.° Senza offendere l'uniformità nella applicazione della pena, sia concesso all'amministrazione delle carceri, tale potere discrezionale, da rendere possibile la conciliazione del regime generale colla cura individuale di ciascun condannato.

2.° La differenza della pena in via ordinaria si limiti quasi esclusivamente alla durata.

3.° La trasportazione o deportazione presenta gravi difficoltà.

4.° È necessario un potere centrale nello Stato, in cui si accentri il governo e la sorveglianza di tutte le carceri.

5.° Si attenda alla diligente compilazione statistica penitenziaria internazionale, secondo il metodo adottato nel 1872.

6.° Importa che i guardiani, avanti essere installati definitivamente, ricevano in speciale istituto un insegnamento teorico e pratico; e sia loro garantito decoroso emolumento.

7.° Pene disciplinari sarebbero: *a*) riprensione; *b*) privazione parziale o totale delle ricompense o premii; *c*) imprigionamento più rigoroso con privazione anche di alcuni oggetti di servizio nella cella, in quanto lo comporti la salute e sospensione anche della lettura e del lavoro; *d*) riduzione, sempre in misura alla salute del condannato, del vitto e della bevanda; *e*) in caso di grave violenza e furore, sarà lecito applicare la camicia di forza o mezzi analoghi.

8.° Saviamente consigliata con certe garanzie la *liberazione condizionata.*

9.° Il sistema cellulare applicato *indistintamente,* con speciale riguardo soltanto ai giovani delinquenti.

10.° La legge deve determinare la durata di questo isolamento e le necessarie condizioni; perchè non abbia a nuocere al fisico od al morale del recluso.

11.° Si raccomandano caldamente i patronati degli adulti, come complemento indispensabile della disciplina penitenziaria.

12.° A prevenire specialmente la delinquenza, si raccomanda la cura particolare di quelle persone, che si trovano sulla via del delitto, come i minori che hanno agito senza discernimento, i giovani abbandonati, i mendicanti ed i viziosi in genere; e per questi sarebbero a stabilirsi delle case speciali di custodia o d'educazione, in cui si offra il mezzo di guadagnarsi l'onesto sostentamento; e meglio che l'azione giudiziaria sia sentita l'autorità paterna: le modalità del sistema sieno relative ai costumi dei varii Stati; la sorveglianza però di queste case in genere sia riservata all'autorità pubblica.

13.° A prevenire pure il delitto è necessario l'accordo fra i diversi paesi, mercè trattati di estradizione, i quali stabiliscano una certa uniformità e più intimi rapporti fra le Polizie dei diversi Stati.

14.° A togliere la recidiva, oltre un sistema penitenziario moralizzatore, avente per compimento la *liberazione condizionata,* si vorrebbe stabilito universalmente la *maggiore repressione.*

821. Contro la recidiva stessa ed a perfezionamento del regime penitenziario, il medesimo Congresso riconosce necessarii altri istituti, quali sarebbero le *società di patronato,* le *case di lavoro,* le *colonie agricole* e via dicendo.

Rispetto a questi istituti avvertiamo: *a*) che, quantunque sotto la sorveglianza governativa, devono lasciarsi all'iniziativa della carità privata; *b*) che i *riformatorii* o le *case di custodia* non debbono presentare alcun aspetto di pena, ma offrire il carattere di uno stabilimento d'industria o di una casa educativa; *c*) che bisogna procurare l'istruzione ed assicurare con un mestiere qualunque la sorte futura dei ricoverati; *d*) come pure irregimentare la colonia a sistema militare con pene, che affettino l'onore più che il fisico; *e*) che infine occorre sopra tutto educazione morale-religiosa.

822. Con ciò ci pare di avere completamente abbozzato quanto la scienza oggi propone relativamente al sistema penale, vediamo ora se ed in qual modo possa giovarsi l'Italia di questa dottrina.

Il sistema penale in Italia varia secondo le due legislazioni vigenti nel regno: il *Codice Sardo* che move ancora dal principio della intimidazione, ed il *Codice Toscano* ispirato al principio dell'emenda.

In tale contrasto si sentiva la necessità di una legge, che avesse a stabilire l'uniformità; ed il Senato, subito dopo la pubblicazione del Codice Sardo, domandava al governo la *completa riforma penitenziaria* (Tornata 27 novembre 1861), ed il Governo, aderendo alla domanda, istituiva una Commissione, la quale presentava un disegno di legge commendevolissimo per il riguardo avuto ai portati della scienza e dell'esperienza (*Relazione al Ministero dell'Interno della Commissione istituita col Reale Decreto 16 febbraio 1862 per l'esame di varii quesiti relativi alle materie penitenziarie, e disegno di legge preparato dalla medesima.* Relatore AMEDEO LAVINI. Torino 1863, per gli eredi Botta).

Ma il documento rimase solo alla storia, e servì ai di-

versi progetti, i quali tutti si proposero la *riforma radicale* del sistema attualmente in vigore; anzi, come appare dai lavori della Commissione Mancini, si ritenne come esemplare il sistema graduale Irlandese (*Verbali della Commissione,* Libro 1° in princ. 1867).

La legge mal risponde a ciò. In via di fatto però la savia amministrazione, specialmente giovata dalla illuminata scorta di Beltrani-Scalia, fa sforzi erculei per trovare l'applicazione del sistema progressivo; ma, se è lodevole l'intento di seguire per quanto è possibile tale sistema, non si può certo dissimulare l'urto contro l'attuale ordinamento legislativo. — La è questa una dura necessità, ch'io non so riprovare, e che spero verrà presto tolta affatto col nuovo codice penale.

Sappiano i compilatori di questo: che a tale scopo non basta una Commissione di dotti criminalisti, ma è necessario il concorso di uomini, che abbiano una speciale scienza ed esperienza delle carceri, dei quali l'Italia certo non manca. Dove anzi li rappresenta, a testimonianza di illustri stranieri, la migliore *rivista* (se togli qualche scappatella a servigio della moda) sotto la direzione di Beltrani-Scalia.

L'ultimo progetto ha introdotta la massima semplificazione nella scala penale; *pene principali:* 1.° ergastolo; 2.° prigionia, 3.° detenzione (le due parallele secondo l'impulso criminoso); ed *accessorie:* 4.° interdizione; 5.° multa (art. 12); abbandonando ai regolamenti o meglio ad una legge (come si fece nel *Codice Toscano* e nel *Progetto del 1868*) le norme speciali e distintive delle singole pene, secondo l'indirizzo che saprà dare l'imminente *Congresso Internazionale di Roma* (ottobre 1884) e dietro il luminoso esempio, che, in ossequio al progresso della scienza carceraria e col concorso di *pratici* competentissimi, già

diede recentemente la Germania colla presentazione al *Reichstag* del Progetto di legge « sulla esecuzione delle pene restrittive della libertà nell'Impero Germanico » (Vedi le *Note critiche al Progetto stesso* di EMILIO TAUFFER — Riv. Discip. Carc. 1882-83).

323. APPENDICE. — Non so staccarmi da questo argomento senza dare un cenno della *pena militare,* di cui, dietro impulso del congresso giuridico tedesco (Monaco 1869), io tentai di abbozzare le norme razionali (*Pena militare, Rendic. dell'Istit. Lomb., Adunanze* 1870-74).

E poichè l'angustia dello spazio concessomi non permette di spiegare la completa dottrina conveniente, rimandiamo gli studiosi all'opera citata, paghi di un breve sunto.

Dato un cenno *storico* e *critico* delle *leggi* penali militari, ed in particolare del *codice penale per l' esercito del Regno d'Italia posto in vigore il 15 febbraio 1870* (*Adunanza* 19 maggio 1870), abbiamo esposta la *ragione della pena militare;* e, dietro la scorta della giurisprudenza del *tribunale supremo di guerra,* abbiamo avvertito: che gradatamente le norme del diritto comune trovarono la loro applicazione anche per la classe dei militari, con alcune eccezioni imposte dal carattere speciale dell'esercito e fra queste non abbiamo dubitato riconoscere la *necessità della pena di morte,* in particolare pei reati (secondo la distinzione seguita dal Codice) *commessi in tempo di guerra* (*Adunanze* 9 e 29 febbraio 1871); siamo quindi discesi allo studio del *sistema penale in genere* per i militari, trovando anche in questo la possibilità dell'applicazione del *sistema graduatorio irlandese* (*Adunan.* 11 febbraio 1872); e dietro autorizzazione dei Ministri della guerra GOVONE e RICOTTI abbiamo potuto effettuare una minuta visita del *Reclusorio militare,* dando di questo una *positiva* nozione con ricchi dati statistici intorno al-

l'*ordinamento gerarchico e regime interno* (*Adunanza* 8 febbraio 1872) e la *cura morale, igienica ed economica* dei reclusi (*Adunanza* 18 aprile, 4 e 18 luglio 1872); finalmente si è trattato delle *carceri militari centrali*, di cui si sono lamentati i gravi difetti in confronto al reclusorio di Savona, il cui savio reggimento è dovuto all'umanissimo direttore di questo, il Colonnello BUONGIORNO, « il quale può dirsi fondatore di una *prigione-modello*, anche in confronto ai penitenziarii comuni sia nostrali che stranieri » (*Adunanza* 5 febbraio 1874).

Per ragion di giustizia debbo dichiarare: che in queste faticose ricerche mi fu efficace collaboratore il mio scolaro avv. FERDINANDO GIULINI, onore del foro milanese.

PROCEDURA PENALE

BIBLIOGRAFIA DEI TRATTATI GENERALI.

Italiani.

Casorati, *Il processo penale e le riforme.* 1881. — Casorati e Borsari, *Commento al Codice di procedura penale.* 1873. — Falutta Francesco, *Commenti al Codice di procedura penale,* v. 8, 2.ª ediz. 1877-79. — Pessina, *Sommario delle lezioni sul procedimento penale.* 1878. — Canonico, *Del giudizio penale.* 1871. — Carrara, nel *Programma generale*, vol. II. 1877. — Buccellati, *Nihilismo e diritto penale.* 1882, Parte II. — Pescatore, *Sposizione compendiata della procedura civile e criminale.* vol. 2. 1865. — Campani, *La difesa penale,* vol. 2. 1879.

Tedeschi.

Stübel, *Das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten* (Processo penale ne' giudizi tedeschi). 5 vol. 1811. — Henke, *Darstellung des gerichtl. Verfahrens in Strafsachen* (Esposizione del processo penale). 1817. — Martin, *Lehrbuch des deutschen gem. Criminalproz.* (Manuale del processo penale comune tedesco). 5.ª ediz. 1857. — Abegg, *Lehrbuch des gemeinen Kriminalprozesses* (Manuale del processo penale comune). 1833. — Bauer, *Lehrbuch des Strafprozesses* (Manuale di procedura penale). 1835. — Zachariæ (M. A), *Grundlinien des gem. deutsch. Kriminalprozesses* (Principii di procedura penale tedesca). 1837. — Müller, *idem.* 1837. — Mittermaier, *Das deutsche Strafverfahren* (Procedura penale tedesca) col raffronto del processo inglese e francese, 4.ª ediz., 2 vol. 1845-46. — Holtzendorff (in compagnia di Dochow,

FUCHS, GEYER, GLASER, MEYER, MEVES, SCHWARZE, ULLMANN): *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts* (Manuale del processo penale tedesco), in 2 volumi. 1877 sq. — GLASER, *Handbuch des Strafprozesses* (Manuale di procedura penale). 1883. — GEYER, *Handbuch des deutschen Strafprozesserechts* (Manuale del diritto penale tedesco). 1881. — LO STESSO, *Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht* (Fondamento per lezioni del diritto universale tedesco), 1° fasc. 1884; opera tuttora in corso di stampa, in cui si espongono i principii generali comuni al diritto ed alla procedura penale, con completa dottrina bibliografica fino ai nostri giorni.

FRANCESI.

HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2.ª ed. 1866 sq: (8 vol.). — LACUISINE, *De l'administration de la justice criminelle.* 1841. — MASSABIAN, *Manuel du procureur du roi.* 3 vol. 1844. Cf. in particolare i varii commentarii di CARNOT, BOURGUIGNON, ROGRON, SIREY, ROLLAND DE VILLARGUES al *Code d'Instruction criminelle.*

INGLESI.

BROOM and HADLEY, *Commentaries upon the Laws of England* (Commento alle leggi inglesi), vol. 4.° — *Criminal-Law and Procedure* (Diritto e procedura penale). 1869. — ARCHBOLD, *Pleading and Evidence in criminal cases* (De' giudizî e delle prôve in materia penale). 1871. (17.ª ed.). Sul processo penale inglese scrissero anche stranieri, come il COTTU, *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre.* 1822, e in modo esimio il RÜTTIMANN, *Bericht über die englische Strafrechtspflege* (Notizie sul processo penale tedesco). 1837, il MITTERMAIER, *Das englische schottische und nordamerikanische Strafverfahren* (Procedura penale inglese, scozzese e nordamericana). 1857, e finalmente il GLASER, *Das englisch-schottische Strafverfahren* (Processo penale anglo-scozzese). 1850.

ARGOMENTO.

824. Distinzione e ragione dei quattro trattati, in cui è diviso il Libro II delle Istituzioni: Procedura penale.

824. Il corso di procedura penale sia in ordine razionale, che positivo, si distingue in quattro trattati: 1.° *Preliminari;* 2.° *Azione;* 3.° *Istruzione preparatoria;* 4.° *Giudizio;* imperocchè, premesse le idee fondamentali intorno al processo (Trattato 1°), si studia il modo ond'è aperto (Trattato 2°), e le ricerche che dispongono (Trattato 3°) la discussione e la sentenza (Trattato 4°).

TRATTATO PRIMO.

PRELIMINARI.

—

ARGOMENTO.

825. Programma di questo trattato.

825. La procedura penale, che, come scienza, è parte del *diritto giudiziario,* essendo *un complesso di riti o di forme,* deriva la sua ragione dalle *condizioni speciali della società,* dove trova la sua applicazione (V. avanti C. III). Perciò siamo obbligati, avanti esporre il meccanismo conveniente al diritto penale in Italia, di preporre a guisa di propedeutica alcune nozioni generali intorno allo stato attuale di questo studio. Così il criterio positivo (per le ragioni che esporremo più avanti n. 844) servirà di guida alla parte razionale, la quale, se non aderisce al fatto, corre pericolo di smarrire il cammino in vane aspirazioni ed utopie.

Alla nozione quindi della procedura penale (Cap. I) seguirà un cenno delle recenti riforme del diritto penale in Europa (Cap. II), in particolare considerando la genesi e il contenuto di diritto rituale italiano (Cap. III); da ultimo esporremo in breve il processo penale Romano (Cap. IV).

CAPITOLO PRIMO.

NOZIONE E METODO DI STUDIO.

ARGOMENTO.

826. Origine e ragione del processo penale — 827. Nozione. — 828. Analisi di questa: *serie di atti* — 829. *per cui una classe determinata di persone* — 830. *riconosce o meno l'esistenza di un reato* — 831. *con solenne giudizio.* — 832. Definizione di GEYER. — 833. Difficoltà che si incontra nel processo penale coll'istituzione dei giurati. — 834. Soluzione di questa. — 835. Conseguenza della data definizione e persone che intervengono nel processo: — 836. accusatore: — 837. imputato: — 838. giudici: — 839. metodo. — 840. Si prende per base di questo studio il Codice di procedura penale ora vigente.

826. Il diritto, perchè sia reso efficace, deve considerarsi *in atto;* epperò alla norma statuente seguono necessariamente alcune forme o *riti solenni per la sua estrinsecazione,* importanti nel diritto civile, importantissimi nel diritto penale; dove sono in conflitto varii interessi: della *società,* dell'*imputato* e talvolta della *persona offesa.*

827. In questo agitarsi di discrepanti volontà sopra un sol fatto, *la ricerca del vero* dipende in gran parte dalla saviezza delle leggi stabilite nella procedura, la quale può definirsi: = *Serie di atti, per cui una classe determinata di persone riconosce o meno l'esistenza dei reati e con solenne giudizio assolve, dimette o punisce gl'imputati* =.

828. *Serie di atti.* — Questa frase indica: come la molteplicità dei fatti, di cui consta un processo, deve ri-

dursi ad *unità,* dietro ordinata successione logica di idee, le quali attingono la loro prima ragione dal *Trattato delle teorie.* Questa impresa, *la ragione penale nella procedura,* da noi tentata nel *Nihilismo* in fine, meritava speciale considerazione di HOLTZENDORFF nel giornale *Gerichtssaal,* febbraio 84. — Il meccanismo, che dà vita all'azione penale, è già *razionalmente* designato avanti, che sia dal giudice determinato *positivamente;* ed il *rapporto razionale* di questi varii momenti di fatto è indicato colla voce *serie,* la quale obbliga appunto al concentramento delle parti in un tutto, sotto il dominio di un'*idea fondamentale;* donde il carattere di *scienza* al processo.

829. *Per cui una classe determinata di persone.* — In ordine razionale è sufficiente avvertire: che il potere giudiziario deve essere con speciale mandato *dalla sovranità* conferito *ad una classe di persone,* poco importando per ora: che il conferimento di questo potere sia in modo *perpetuo* o *temporaneo, assoluto* o *moderato e revocabile* ed appartenga esclusivamente alla *magistratura,* o sia diviso coi *privati cittadini.*

830. *Riconosce o meno l'esistenza dei reati.* Importa assai avvertire: che il giudizio non può essere completo, se non vi precede un lavoro analitico, che abbia a dare la *piena cognizione del fatto* (*Istruzione preparatoria*).

Siccome poi diverso può essere l'effetto di questo lavoro, così è detto: *riconosce o meno.*

831. *Con solenne giudizio;* cioè colla *sentenza,* di cui sono date dalla legge le tre forme sacramentali.

Assolve: è riconosciuta l'innocenza dell'imputato; *dimette:* non è egli condannato per mancanza di prove; *punisce:* è condannato.

832. Incompleta ci appare la definizione di GEYER, data in un *manuale Tedesco* degnissimo di tutta lode.

« È, dice egli, la procedura il complesso di quelle norme, che regolano l'esercizio della potestà punitiva dello Stato » (*Handbuch*, ecc., 1884); come pure l'altra più complicata di JOHN (*Encyclop.* di HOLTZENDORFF, pag. 931): « Il processo penale è il complesso di quelle disposizioni giuridiche, che hanno per iscopo di determinare: quali mezzi si debbano adoperare, perchè i giudizii possano decidere sull'esistenza e l'importanza di un fatto punibile. »

883. La nozione data del processo penale in pratica incontra una grave difficoltà. Nella Corte di Assisie noi troviamo un giudice, il quale, fatta astrazione dal Codice, può condannare soltanto secondo l'intimo suo convincimento ed insindacabile è il suo giudizio: = io ti dichiaro assassino, perchè tale sei avanti alla mia coscienza, e tu non puoi domandarmi il motivo di questo mio giudizio; io rispondo col *sì* o col *no,* e non mi sento obbligato a rendere ragione del mio voto =.

In un giudizio civile il magistrato, che mi obbliga a pagare 100 lire, deve dare la *motivazione* del suo giudicato; nel giudizio penale invece, è un cittadino qualunque, che, chiamato a decidere senza punto conoscere la legge, anzi facendo astrazione da questa, che sola può dare un preciso concetto di un *ente giuridico,* il *reato,* mi può condannare nel capo e non è tenuto a giustificare la sua sentenza.

Questa difficoltà noi l'abbiamo presentata fino dai primi passi del processo penale; perchè (non vale dissimularlo) l'istituto dei giurati, quale è da noi concepito, ripugna al concetto razionale della procedura.

884. Si abolirà perciò la giuria?

Non credo: quest' istituto va richiamato piuttosto alla sua origine, come vedremo più avanti: non *separazione* del verdetto dalla legge, del giudice di fatto dal giudice

di diritto; ma *distinzione ed accordo* (V. più avanti: *Del Giudizio*).

825. Dalla definizione si rileva: che due sono le estreme *presunzioni*, che si combattono in un processso: l'una la *esistenza del reato*, e su di questa si fonda l'*accusa;* l'altra l' *innocenza* o minoramento di colpa, e su di questa si fonda la *difesa;* in mezzo a questi due vi ha il *giudice di fatto e di diritto*. Così tre sono le persone necessarie: l'*accusatore*, il *reo* col proprio rappresentante il *difensore*, ed il *giudice*.

826. L'*accusatore* è assolutamente necessario; perciò che l' innocenza è l' ordinaria condizione, nè può elevarsi dubbio, se non vi ha chi affermi e provi il contrario: *actore non probante*, *reus absolvendus*.

827. È necessario pure il *reo*, o meglio l' *imputato;* poichè l'accusa non può essere indeterminata, ma deve riferirsi a persona, la quale abbia facoltà di difendersi. — E nota benissimo il dotto JOHN (nell' *Encycl.* di HOLTZENDORFF, pag. 937): che il *reo* è *parte in causa,* non *oggetto di inquisizione;* quindi non può essere obbligato ad una confessione, ma ha il diritto di attendere, che l'accusatore provi la sua asserzione.

828. Il *giudice* finalmente è quegli, che scioglie il dubbio; chè altrimenti rimarrebbe insoluto il problema.

829. Dalla nozione data della procedura penale è facile derivare il *metodo* conveniente a questo studio.

La *determinazione di atti* presuppone necessariamente la *norma positiva;* epperò è il sistema positivo quello, che si conviene; avvertendo del resto: che *un meccanismo puramente razionale* offenderebbe di poco il criterio della legge attuale, come si farà manifesto dalla esposizione del nostro processo.

Da ciò la diversità del sistema seguito nelle due parti

di questa scienza: nella prima parte (*diritto costituente*) è preposta la ragione alla legge, nella seconda parte invece (*diritto rituale*) si parte dalla legge, la quale è illustrata poi dalla ragione.

Nel diritto determinatorio abbiamo alcuni principii razionali o postulati, che si impongono alla scienza; nel rito invece nulla vi ha di *assoluto* e la razionalità più che dall'essenza, deriva dall'*armonica successione dei concetti.*

840. Il nostro processo (*Codice di procedura penale del Regno d'Italia,* 26 novembre 1865) è *un tutto omogeneo* considerato nei varii suoi *stadii: polizia, istruzione, giudizio, atti correttivi;* e nei varii *atti: contestazione dell'accusa, prova, difesa, sentenza,* ecc.; parmi dunque che, avendo anche lo scopo di ritrarre maggior utile per l'insegnamento, possiamo noi senz'altro seguire, come base delle nostre lezioni, la legge scritta.

Dato un concetto storico, procediamo allo studio del Codice col raffronto delle più recenti legislazioni ed in particolare del processo romano.

CAPITOLO SECONDO.

RECENTI STUDII E RIFORME DEL PROCESSO PENALE IN EUROPA.

—

BIBLIOGRAFIA.

Per le altre nazioni può bastare la bibliografia de' trattati generali e le notizie, che si verranno esponendo nelle altre bibliografie speciali. Invece importa soffermarsi su' recenti studii in Germania, che ne va tanto feconda.

Walther, *Ueber die Entwicklung des neueren deutschen Strafprozessrechtes* (Sullo sviluppo della recente procedura penale germanica). — *Krit. Ueberschau* (Rivista Critica), vol. 4, p. 190 sq. 311 sq. — Sundelin, *Die gegenwärtigen Reformwünschen für das deutsche Strafverfahren* (I voti attuali per le riforme del processo penale tedesco). 1860. — Mayer, *Zur Reform des Strafverfahrens* (Intorno alla riforma del processo penale). 1870–71. — Consulta pure le *Verhandlungen des d. Juristentages* (Atti del congresso giuridico tedesco), in cui sono numerosissimi lavori in proposito. Per gli studii e le riforme in Austria vedi Glaser, *Gesammelte kleine Schriften* (Scritti minori), vol. 2.

Argomento.

841. Condizione degli studii processuali punitivi in Italia. — 842. Ragione della non curanza di questi. — 843. Si combatte il pregiudizio della loro poca importanza *scientifica*. — 844. L'avere oramai soddisfatto il nostro còmpito rispetto al progetto di Codice penale, ci ridona la libertà di consacrare il nostro tempo agli studii di procedura. — 845. A ciò ci obbliga anche il fatto, che la giurisprudenza francese e belga non sono più fonte sufficiente per il nostro processo. — 846. Movimento legislativo francese rispetto alla procedura penale. — 847. Movimento belga. — 848. Che debbono fare gli italiani? — 849. Sistema da seguirsi in proposito. — 850. Studio di legislazione comparata. — 851. Studio delle leggi recenti dell'impero germanico e cenno dell'attuale Codice di procedura. — 852. Studio del processo penale di altri Stati.

841. Gli italiani, se hanno di che gloriarsi, per la pubblicazione di opere giuridiche in genere, ed in ispecie di studii intorno al diritto penale statuente, alla cui riforma da vent'anni si attende con febbrile attività, lasciano però molto a desiderare rispetto alla procedura penale in confronto agli Stati vicini: la Germania, l'Austria, la Francia, la Svizzera ed in particolare il Belgio, il quale, appena nato, sovra tutti si elevava per la intelligente ope-

rosità nella riforma del diritto punitivo (CASORATI, *Il processo penale e le sue riforme*, pag. 22 e segg.).

842. I motivi, a mio giudizio, della poca cura per tutto ciò, che riguarda il diritto rituale, sono:

1.° L'ansia affannosa, che opprimeva gli animi dei nostri penalisti, per concorrere in ogni modo alla presta compilazione del nuovo *Codice penale;*

2.° La coscienza di posare tranquillamente sull'opera altrui. È noto che, come la nostra legge processuale è figlia del *Codice d'istruzione francese;* così, ad illustrazione di questa, pareva bastassero commenti e trattati venuti d'oltr'Alpe;

3.° Finalmente si opponeva e si oppone tuttora a questi studii il carattere loro strettamente *positivo* poco conforme alle elevate aspirazioni ed alle sottili indagini dei dotti.

843. Quest'ultima difficoltà, ch'io penso essere la più grave, oggi appunto, dietro gli ultimi studii (per tacere di italiani, di cui parleremo più avanti) di GEYER, di MEYER, di GLASER, di HOLTZENDORFF ed altri valenti, e più ancora per le dotte discussioni dei Parlamenti tedesco ed austriaco, appare pienamente dissipata.

Io pure era affetto da questo pregiudizio; ma la lettura appunto dei citati scrittori mi ha pienamente convinto: non essere di minore importanza scientifica il processo di quello che il diritto penale statuente; che le elevate questioni di diritto formale al diritto razionale pure appartengono; che lo svolgimento di queste questioni armonizza col progresso politico e civile degli Stati, a tal segno, che non è esagerata la sentenza: *il grado d'incivilimento di un popolo, misurarsi in particolare dalle sue leggi di procedura penale;* per cui = lo studio di queste, mentre provvede allo splendore della nazione, concorre al progresso del diritto internazionale =.

844. Con tale convincimento nell'animo, è naturale ch'io senta adesso appunto il dovere, ad emenda del passato, di consacrarmi di preferenza a questi studii finora relativamente negletti: avvertendo anche, che le altre due difficoltà opposte gradatamente vanno disparendo.

Sul Codice penale noi ormai abbiamo raccolto una ricca biblioteca di studii; e la nostra Commissione ha completamente soddisfatto al suo cómpito.

Che se difficoltà politiche ne attraversano la pubblicazione, i giuristi non ne hanno colpa; il tributo che si attendeva da loro è dato, e noi aspettiamo i frutti dai legislatori.

845. Quanto poi al riposare tranquilli sulla letteratura di Francia, davvero era questa cosa naturale prima dei recenti studii e riforme; ma ora, che già si minaccia il crollo dell'antico edificio, è colpevole ostinazione per amore del passato o meglio per schermirsi da grave fatica, attingere i responsi quasi esclusivamente dalla Sorbona... Or son quindici anni, non era meraviglia, se un illustre giureconsulto italiano chiedeva a prestito una falsariga dalla cancelleria francese o belga, per scrivere un trattato intorno alla *azione* (BORSARI, *Della azione penale*), oggi questo fatto non potrebbe ripetersi, senza sollevare una giusta riprovazione.

846. La Francia stessa e il Belgio hanno coi loro scritti, ed anche con leggi, rotto il cerchio di ferro imposto dal *Codice di istruzione criminale* del 1808, e fin dal 12 maggio 1870 una Commissione francese prestava mano a radicali riforme, di cui il primo saggio si era la surrogazione della istruttoria *pubblica* alla *segreta*.

La guerra attraversava questi studii e l'allargamento della libertà civile ravvivava le aspirazioni dei giureconsulti; di guisa che nella Francia, già gelosa conservatrice

degli antichi riti, sorgono ora audaci propugnatori di radicali riforme, ed in particolare della attuazione della *giustizia popolare,* sia rispetto al diritto di elezione dei magistrati, che relativamente alla competenza dei giurati.

Queste riforme propugnate intorno all'*ordinamento giudiziario* (che tanto tributo porge alla procedura), distrassero per un momento l'attenzione, ma non la tolsero affatto dagli studii rituali, è, mentre scriviamo, ci è lecito « presagire non lontano il giorno in cui la Francia, che fu già antesignana delle altre nazioni nel circondare i giudizii penali delle garanzie richieste dalla moderna civiltà, non esiterà a perfezionare il suo processo penale e specialmente l'istruzione preliminare, che ne è la parte più difettosa » (CASORATI, *Il processo penale,* ecc., pag. 80, e MEYER, *Die Reformbestrebungen,* ecc., pag. 20).

847. Anche il Belgio, che colla divisione dall'Olanda pareva richiamare in tutto le leggi francesi, nel 1848 nominava una Commissione per la revisione del Codice penale, e dopo lunghi studii sanzionava e promulgava il Codice stesso l'8 giugno 1867.

Non è dubbio che l'elaborazione di queste nuove leggi doveva influire sul processo, e prima ancora influiva lo Statuto. Molte leggi sovvertirono il sistema francese e queste, non che le riforme già introdotte nell'ordinamento giudiziario, obbligarono alla compilazione di nuovo Codice di procedura, che tuttora trovasi sotto l'esame del Parlamento (V. il *Progetto Riv. Pen.,* vol. VII, pag. 302).

848. Ciò basti per provare che le antiche fonti, sia dottrinali che legislative, della Francia e del Belgio, se non rispondono pure alle esigenze di quei paesi, meno ancora si confanno all'Italia, la quale, anche nella procedura penale, deve vivere di una vita propria; epperò gli studiosi hanno l'obbligo di allargare l'orizzonte ed armonizzare con

ardito innesto le norme del processo penale colle universali dottrine giuridiche proprie all'Italia.

849. E poichè lo studio del processo penale è eminentemente positivo, più che le teorie, della cui assolutezza abbiamo sempre a dubitare, ci giovi, a propugnare principii adeguati ai tempi ed alle istituzioni italiane, l'autorità delle recenti leggi; ed in particolare valgano ad esempio le riforme di quegli Stati, che, retti come noi da governo rappresentativo, hanno procurato di armonizzare il diritto penale colle liberali istituzioni.

850. Fra queste riforme, la più radicale ed importante, per maturo studio di uomini illustri, è quella che ci viene dalla Germania, la quale, con altre leggi, servì a cementare l'unità dell'impero.

Gli studii cominciarono in principio del 1873: il Codice fu pubblicato il 1° febbraio 1877. Le risultanze, a cui la Commissione di illustri scienziati e magistrati era giunta, furono modificate qua e là per le diverse esigenze del Consiglio federale (Cfr. JOHN nell'*Encycl.* di HOLTZENDORFF, p. 948-50). Il Codice poi entrò in vigore il 1° ott. 1879 insieme all'*Ordinamento giudiziario* e al *Codice di procedura civile* (V. Traduzione a cura di LUIGI LUCCHINI, Roma 1878).

851. Secondo questo Codice, la *competenza* è divisa con esatto criterio, in modo da prevenire i facili conflitti di giurisdizione (*Libro primo* disposizioni generali e *Legge* sull'ordinamento giudiziario).

Per i *reati di stampa* si serbarono le consuetudini e le leggi vigenti nei diversi Stati; ed è stabilita una *speciale* procedura per *provvedimenti* di polizia (Lib. VI, Cap. 2).

La partecipazione del popolo al potere giudiziario, si effettua anche per mezzo di un istituto a noi sconosciuto, *gli scabini*, la cui autorità è antichissima in Germania (V. EBERTY, *Handbuch für Schoffenstrehlen,* 1880).

La *azione*, con speciali cautele, può essere esercitata anche da privati cittadini (*Privatklage*, lib. V).

L'*istruzione preparatoria obbligatoria* nelle cause di competenza avanti al Consiglio dell'*impero* ed alla *Corte di assise*, *è facoltativa* avanti ai processi di competenza dei *tribunali provinciali*. Durante l'istruzione l'imputato *può esser difeso* da un legale rappresentante, avvocato *esercente* o *professore* di diritto in una scuola superiore tedesca (Libro I, sez. 11).

La *detenzione preventiva* è ammessa solo nei casi urgenti; e dove l'arresto sia avvenuto per sospetto di fuga cessa la cattura, mercè *cauzione* (Lib. 1, sez. 9).

Imputato ed *accusatore* godono pressochè delle stesse facoltà nella presentazione e svolgimento delle prove (*Passim*).

Meglio assicurata la *revisione* (Lib. III).

Abbiamo brevemente tracciato i nuovi principii, onde è informato il Codice germanico, per provare fin d'ora con argomento di fatto: quanto sia per giovare a noi lo studio di questo a rinnovamento della nostra legislazione.

Al quale scopo gioverà pure l'esame dei diversi progetti e serviranno di illustrazione, quasi interpretazione autentica, le discussioni sostenute nel Parlamento.

852. Se a mio giudizio sono a preferirsi nella fattura delle leggi processuali le fonti onde derivava l'attuale Codice germanico, non sono però certo a trascurarsi per *affinità di legislazione*, le fonti francese e belga, di cui sopra abbiamo fatto parola, quelle della Svizzera, in cui per *ragione politica* può fare miglior prova l'elemento popolare; e sopratutto dell'Austria, i cui *rapporti speciali* colla *legislazione italiana*, obbligano a particolare considerazione del pregevole Codice pubblicato il 1873, attuato nel 1° gennaio 1874 (V. avanti n. 880).

CAPITOLO TERZO.

IL CODICE DI PROCEDURA PENALE DEL REGNO D'ITALIA, ORIGINE STORICA E PRINCIPII, OND'È INFORMATO.

ARGOMENTO.

853. Differenza fra il diritto penale esercitato in uno Stato despota ed in uno Stato rappresentativo. — 854. La soluzione *teorica* sulla ragione del diritto penale è data dalla scienza, la soluzione *pratica* è data specialmente dal Codice di procedura. — 855. E questa soluzione deve far capo allo Statuto. — 856. Come la forma politica rinnovi necessariamente il processo penale. — 857. Esempio dedotto dalle vicissitudini del processo austriaco. — 858. Altri motivi, che ci obbligano alla esposizione sintetica delle leggi austriache. — 859. Primi Codici in Italia. — 860. Carattere del primo Codice austriaco pubblicato in Lombardia e Venezia. — 861. Movimento liberale e pronta reazione. — 862. Rassodamento del governo rappresentativo in Austria, e pubblicazione del *Codice 23 Maggio 1873*. — 863. Cenno di questo Codice. — 864. L'Italia dovrebbe seguirne l'esempio. — 865. Non abbiamo ancora armonizzato il Codice colle nuove esigenze politiche. — 866. Origine del nostro Codice. — 867. La *gallomania* nei giureconsulti italiani. — 868. Movimento attuale di indipendenza. — 869. Sistema seguito dal Codice di procedura penale. — 870. Pregiudizio relativo a questo sistema. — 871. Necessità della forma mista con prevalenza del principio accusatorio. — 872. Tale appunto è il sistema seguito dal nostro Codice.

853. Il più grave còmpito di uno stato è indubbiamente l'esercizio del diritto di punire.

Dove vi ha il *suddito*, sia di monarca, che di una repubblica, il diritto penale non ha altro freno che la co-

scienza del potere, la quale, troppo facilmente, contrasta colla coscienza morale e sostituisce l'interesse dinastico o dei maggiorenti all'impero della giustizia.

Dove il cittadino goda della sua dignità personale, là soltanto sorge la quistione: *ha dessa la società il diritto di punire?* (V. sopra *delle teorie*).

854. Si risponde affermativamente; ma siamo incalzati da altre domande: *quale autorità* sociale potrà opporre questo potere al reato, ed entro *quali confini di fronte al libero cittadino?* — Tale questione solo la procedura può risolvere; e, come retro si avvertiva, lo deve secondo l'*organamento politico*, od i *principj di diritto pubblico*, che informano lo Stato stesso.

855. Per ciò tutte le indagini che si riferiscono alla *azione*, all'*istruttoria* ed al *giudizio*, hanno la *definitiva risposta*, elevandosi alla *Magna Charta*, la quale determina l'organamento politico interno e traccia in genere le varie attribuzioni dei poteri.

856. Di qui la sentenza: *che una nuova forma politica rinnovi necessariamente anche il processo penale.*

857. Questo canone risponde alla ragione; ma, siccome non tutti si accomodano a questa, così crediamo prezzo dell'opera rendere concreto il canone stesso col ricordo delle riforme avvenute in tutta Germania, dopo le vicende memorabili del 1848 e 49, ed in particolare con un esempio splendidissimo tolto dalla vicenda delle leggi austriache.

858. Di queste poi è mestieri trattare singolarmente anche perchè alcune provincie italiane, che parteciparono già alla legislazione austriaca, sentono tuttora lo strascico e le tradizioni di questa; ed altre provincie, che a noi geograficamente appartengono, sono tuttora direttamente soggette ai codici, di cui facciamo parola.

859. Colla Francia abbiamo la *Codificazione penale*

nel primo Regno d'Italia, alla quale contribuirono anche gli studii di illustri italiani, fra cui ROMAGNOSI (*Progetto del Codice di procedura penale per il Regno d'Italia* - Firenze, 1835).

L'Austria, dietro l'occupazione militare, impose le sue leggi al Regno Lombardo-Veneto nel 1816.

860. L'assoluto dispotismo si manifestava nel nuovo Codice di procedura, il quale perciò escludeva ogni *elemento popolare* nei giudici; tutto deferiva al *giudice inquirente;* il processo era *scritto* e *segreto*, ed alla *intima coscienza* si sostituiva il *sistema delle prove legali.*

861. Col primo soffio di libertà anche l'Austria volse il pensiero al processo penale; e nel 1849 collo Statuto se ne pronosticava la riforma, la quale, con piè mal fermo secondo i tempi, veniva avanti nel 1850.

La reazione rialzava tosto le corna; e il Codice del 1850, non ancor apparso in Italia, era surrogato quasi in via di prova dalla legge del 1852, che abborriva la giuria; e dal nuovo Codice 1853, che, sotto la *parvenza di oralità* e di *pubblicità*, doveva ristabilire tuttavia l'antico *sistema inquisitoriale* del 1803.

862. Fu dopo il 1859, e quando più tardi apparve abbastanza rassodato il sistema rappresentativo eziandio in Austria, che si fece sentire il bisogno della radicale riforma del Codice processuale. Di questo fu incaricato il professor GLASER, il quale raccolse intorno a sè una Commissione, del cui progetto fu relatore. Nel 1872 ebbe GLASER stesso, quale Ministro, l'onore di ripresentare lo schema alla Camera, presso la quale otteneva splendido trionfo; ed il progetto si convertiva in *legge* col 1.° gennaio 1874 (L. di promulg. *23 Maggio 1873*).

863. È questo per avventura il Codice, che meglio usufruttò dell'attuale progresso scientifico.

L'*accusatore*, il *pubblico ministero* e la *parte lesa*, sono affatto *indipendenti*, sia nel promuovere che nell'abbandonare l'accusa, seguendo liberamente la loro coscienza senza *vincolo* di *irretrattabilità*, creato da vano dottrinalismo.

La *pubblicità* e l'*oralità* stanno a fondamento del processo; ed il difensore è sempre a lato dell'imputato colle più *ampie facoltà* anche *durante l'istruttoria*.

Sufficientemente larga è l'*introduzione dell'elemento popolare*, come largamente aperto è il *rimedio in Cassazione*, la *riassunzione* e *revisione* dei giudicati penali (V. CASORATI, *Il processo penale*, ecc., ecc., c. 2, n. 16).

864. Tanto esempio valga all'Italia!

865. Noi pure coll'acquisto dell'indipendenza e col rinnovamento della forma politica, abbiamo sentito vivissimo il bisogno di un *nuovo Codice di procedura penale*; ma quello attualmente in vigore, pubblicato il *26 novembre 1865* in forza della *legge 2 aprile* dello stesso anno, che provvedeva all'unificazione legislativa, porta con sè l'impronta dell'ansia frettolosa di sua compilazione; non corrisponde certo al progresso della scienza; e, ciò che più importa notare, contrasta con quelle franchigie e libertà, le quali, germinate dallo Statuto, gradatamente si svilupparono, si rassodarono, e formano oggi il patrimonio della pubblica coscienza in Italia.

866. L'attuale Codice di procedura penale, è una revisione del Codice 20 Novembre 1859; tutt'e due poi riconoscono per loro padre comune il *Code d'instruction criminelle*, 1808.

867. Ciò fu forse una necessità; perchè i nostri giureconsulti, sorpresi dalle nuove istituzioni, non avevano ancora avuto agio sufficiente di por in accordo con queste le leggi penali, e d'altronde la gran parte dei Piemontesi, d'onde ci venivano le leggi, aveva l'animo preoccupato

dalle idee francesi, la cui giurisprudenza godeva di ben meritato onore.

L'osservazione fatta in proposito di *gallomania* da MITTERMAIER all'Italia, direttamente conveniva: « il principale ostacolo, diceva il dotto professore di Heidelberga, sta nella circostanza, che la maggior parte dei giusperiti partecipi del potere legislativo, si avvolgano nelle pastoie del diritto francese ».

268. Ma via...; già sopra abbiamo avvertito al recente moto contro le antiche leggi, alla necessità di radicale riforma espressa dai Ministri e dagli attuali giureconsulti italiani...

269. Per cui è facile pronosticare: che la paternità francese, già offesa col Codice del 1859 e più ancora col Codice vigente, sia per essere disconosciuta; e dove base principale del processo francese del 1808 era la *parte inquisitoria*, nel nostro processo invece si svolga in modo aperto e leale il *principio accusatorio*: lo che è bene, ma non è tutto.

270. Al quale proposito torna opportuno combattere un pregiudizio, che annebbia ancora le menti di molti scrittori relativamente al principio, onde sono informate le leggi processuali.

Si parla sempre di tre sistemi: *inquisitorio*, *accusatorio* e *misto*; e, foggiandosi l'ideale del processo sul sistema accusatorio, si leva alle stelle tutto ciò, che a questo aderisca, come senz'altro si ripudia sdegnosamente quanto appartiene all'istruttoria, quasi strascico dell'antico dispotismo.

Or bene; è errore grossolano il credere: che come la mera inquisizione sia effetto dell'oscurantismo imperiale, così di converso il processo accusatorio sia esclusivo effetto di forma liberale.

L'accusa è la forma originaria del processo penale; perchè la più semplice e di prima intuizione; è comune per ciò alle prime società ed ai popoli barbari; ma, dove attecchiva un perfetto regimento civile, per necessità vi si univa anche l'*istruttoria* o un apparecchio al giudizio pubblico, come evidentemente appare in Roma.

871. Sta la forma inquisitoria *pura* come creazione del dispotismo; sta la forma puramente accusatoria come incompleta e rude manifestazione dei primi giudizi: quale la conseguenza? Che non devesi dunque seguire esclusivamente l'uno dei due sistemi, ma ambedue, in modo che sia preponderante l'accusa. Così FESTO parlando di PAOLO imputato di ribellione: *non est romanis consuetudo damnare aliquem hominem, priusquam is, qui accusatur, praesentes habeat accusatores, locumque defendendi accipiat ad abluenda crimina* (*Act. apost.*, c. XXV). All'accusa però precedano le autorizzate ricerche, come avevano fatto appunto gli accusatori avanti adire il tribunale di FESTO, ed alle quali allude pure CICERONE nelle sue *Verrine*.

872. Nel nostro Codice opportunamente si segue la forma *mista* con prevalenza (non però sufficiente, come vedremo avanti) della forma accusatoria. Ciò secondo l'indole del nostro paese, a giudizio, certo autorevolissimo, del Ministro austriaco, la cui *relazione* sul progetto del 1850 diceva: « Le forme della procedura orale e pubblica ben s'addicono al genio delle popolazioni italiane... e quando furono abolite nella Lombardia e Venezia, lasciarono non poco desiderio di sè... »

CAPITOLO QUARTO.

CENNI STORICI SUL PROCESSO PENALE ROMANO.

—

BIBLIOGRAFIA.

Geib, *Römischer Strafprozess* (Processo penale romano). 1842. — Zumpt, *Der Criminalprozess der römischen Republik* (Processo penale della repubblica romana). 1871. — Binding, *De natura inquisitionis processus criminalis romanorum*. 1874. — Voigt, *Criminalprozess der XII Tafeln* (Processo penale secondo le 12 tavole) nella sua opera sulle XII tavole. 1883, vol. I.

Argomento.

873. Si può giustamente asserire che le *origini* del processo penale rimontino all'età preistorica. I primi atti delittuosi, di cui lo Stato assume la punizione, sono quelli che offendono *direttamente* gl'interessi più alti dello Stato medesimo.

874. A questo processo suole partecipare l'assemblea de' cittadini (ecco la ragione storica della *forma accusatoria*. V. retro, n. 222); poichè il reato ha offeso la città intera e la moltitudine stessa de' cittadini vi applica la

pena, generalmente per lapidazione. Così in Omero troviamo, che i delitti contro i privati si vendicano privatamente o si *compongono;* i delitti invece contro lo Stato sono giudicati dall'intera adunanza del popolo. Nei giudizj per *delitto privato* il re o chi per lui ha una funzione secondaria: quella di condannare al pagamento della composizione: il popolo non prende parte alcuna a processo, il quale mantiene la natura e la forma di un processo civile; nei giudizj per *delitto pubblico* invece non si parla di composizione nè di giudici speciali: il popolo insorge a reclamare giustizia. A ognuno è naturalmente permesso di accusare il reo davanti l'assemblea.

875. Così dovettero essere le cose anche ne' primordii di Roma, benchè la prevalenza del potere regio mutasse presto le condizioni. I giudizii penali di qualunque genere appajono (secondo la tradizione) avocati al re, che giudica col suo consiglio.

876. Solo pe' *reati capitali* (che in quell' epoca sono quasi esclusivamente i reati contro lo Stato) è concessa la *prouocatio ad populum,* nel che s'ha certamente a vedere l'avanzo dell'antico ordine di cose. L'accusa è libera ad ogni cittadino: una sola eccezione è fatta pel *paricidium,* l'accusa del quale è demandata a magistrati speciali (*quæstores paricidii*).

877. Cacciati i re, la giurisdizione comiziale ritorna subito in vigore colle *leggi Valerie* e va sempre più crescendo d' importanza, fino alla legge delle dodici tavole (tab. IX, fr. 2, *Schöll.:* fr. 7, *Voigt.*):

De capite ciuis nisi per maximum comitiatum ne ferunto.

Il principio della *libera accusa* va cedendo al *sistema* dell' accusa riservata ai questori e ai tribuni. Anche i *comizi tributi* e i *concilia plebis* vanno acquistando, spe-

cialmente per le leggi del 305, una giurisdizione penale non certo ristretta.

378. Una radicale mutazione avviene colla istituzione delle *quæstiones publicæ* introdotte anzitutto pe' reati di *concussione* e quindi estesa a tutti o quasi i principali delitti. Il giudizio è presieduto da un *pretore* o da un *iudex quæstionis:* un numero diversamente determinato, secondo i casi, di giudici eletti a sorte da una special classe di cittadini è chiamato a giudicare. L'accusa è libera: se si presentano più accusatori, il pretore sceglie in un previo giudizio (*divinatio*) il più opportuno. Le classi de' cittadini onde si estraevano i giudici furono: 1.° dalla *lex Calpurnia* a *Cajo Gracco* i senatori; 2.° da *Cajo Gracco* a *Cornelio Sulla* i cavalieri; 3.° da *Sulla* alla *lex Aurelia* di nuovo i senatori; 4.° per la *lex Aurelia* i senatori, i cavalieri e i tribuni dell'erario.

379. A' tempi dell'impero va sempre più estendendosi l'*extraordinaria cognitio.* I magistrati imperiali giudicano col proprio consiglio privato in vece dell' imperatore. In massima perdura il sistema accusatorio: benchè sia ammesso anche l' inquisitorio. Anzi ne' mandati imperiali è fatto obbligo speciale a' magistrati d' inquisire per certi reati.

380. Ulteriori particolarità saranno accennate più sotto, trattando degli speciali argomenti.

TRATTATO SECONDO.

AZIONE.

—

ARGOMENTO.

881. Programma di questo trattato.

881. Questo trattato si distingue nei seguenti capitoli: 1.° nozione; 2.° caratteri; 3.° concetti affini; 4.° efficacia estensiva; 5.° diritto penale internazionale; 6.° diritto penale universale: estradizione; 7.° estinzione; 8.° diritto romano.

CAPITOLO PRIMO.

NOZIONE DELLA AZIONE.

—

BIBLIOGRAFIA.

GRAAF, *De actionibus, quæ ex delictis oriuntur.* 1824. — VAN MUYSSEN, *De actionibus quæ ex delicto nascuntur.* 1828. — MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle.* 1837. — BORSARI, *Azione penale.* 1866. — MITTERMAIER, *Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht* (Oralità, accusa, pubblicità e corti d'assisie). 1845. — KÖSTLIN, *Der Wendepunckt des deutschen Strafverfahrens* (Perno dell'azione penale tedesca). 1849. — ORTLOFF, *Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen* (Azione penale ne' suoi principii direttivi e nelle sue

forme precipue). 1858. — FEUERBACH, *Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit* (Considerazioni sulla pubblicità ed oralità). 1821. — HEPP, *Anklageschaft Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens* (Diritto d'accusa, pubblicità e oralità nell'azione penale). 1842. — HOLTZENDORFF, *Die Reform der Staatsanwaltschaft in Deutschland* (Riforma del P. M. in Germania). 1864. — *Die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft vom Standpunkt unabhängiger Strafjustiz* (Riforma del P. M. nell' interesse dell' indipendenza della giustizia penale). 1865. — KELLER, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland* (Il P. M. in Germ.). 1866. — FREY, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland u. Frankreich* (Il P. M. in Germania e Francia). 1850. — CARCANO, *Il P. M.* 1866. — GLASER, *Das Verhältniss des Urtheils zur Strafklage* (Rapporto del giudizio all' azione penale). 1884.

ARGOMENTO.

882. La *azione* è la vita del diritto. — 883. Nozione della azione.

882. Procedura penale non è altro, come sopra si avvisava, che il diritto stesso posto in *azione: ius agens*.

Per ciò è facile il vedere: come l'azione sia la *vita* stessa del diritto. La legge è muta, la giurisdizione manifesta la sua potenza; come questa potenza si risolva in atto e la legge manifesti la sua efficacia, è appunto l'effetto della azione.

883. Definitemi la vita ed avremo il modo di definire la azione.

La vita è moto; ebbene nel genere abbiamo pure la specie. L'*azione è moto*; donde la sapientissima definizione dei romani applicabile anche al diritto penale: *ius persequendi in iudicio quod sibi* (societati) *debetur*; « facoltà spettante alla società di adire la giurisdizione penale ».

CAPITOLO SECONDO.

CARATTERI.

—

ARGOMENTO.

884. Note caratteristiche della azione. — 885. Pubblicità. — 886. Indipendenza. — 887. *È bene che il P. M. sia anche rappresentante del potere esecutivo?* — 888. Si risponde negativamente. — 889. Proposta, per assicurare l'indipendenza al P. M. — 890. Come si ammetta l'intervento della persona offesa. — 891. Il P. M. in Germania. — 892. Irrevocabilità? — 893. Argomenti a favore dell'irrevocabilità. — 894. Ragioni in contrario. — 895. Indefettibilità. — 896. Eccezioni.

884. Dalla nozione data della azione derivano naturalmente le sue note caratteristiche cioè: *pubblicità*, *indipendenza*, *indefettibilità*, se l'*irrevocabilità?*

885. 1.° La *pubblicità* della azione deriva dal principio fondamentale: che il reato non è un'offesa privata; ma un'infrazione dell'ordine giuridico; epperò la persecuzione di questo atto appartiene soltanto al *pubblico* od alla società.

Questa pubblicità *intrinseca* esige anche la pubblicità dei riti, con cui si svolge la azione, o per lo meno dei riti solenni, che costituiscono il giudizio; poichè avanti il giudizio definitivo vi sono ricerche necessariamente affidate alla prudenza del ricercatore.

886. 2.° La *indipendenza* della azione penale è necessaria guarentigia, perchè il privato cittadino non sia vittima della pubblica violenza; e perchè, come sopra si av-

vertiva, l'imputato è *parte in causa* e deve godere di tutti i diritti, che competono al *convenuto* in ogni altra azione.

Bisogna quindi praticamente distinguere un potere, il quale astragga la giustizia da una ragione qualunque di interesse e non riconosca altro impulso, che la propria coscienza informata alla giustizia sociale o al *principio giuridico.*

A tale scopo vediamo sorgere una singolare istituzione: il *pubblico ministero,* il quale deve essere assolutamente *libero* nella sua azione e non come da noi, in cui l'intervento della *Camera di consiglio* e della *Sezione di accusa,* danno eziandio al magistrato giudicante il *carattere di accusatore,* esautorando così il pubblico ministero.

Accanto al pubblico ministero, non possiamo ammettere altri che la *parte lesa;* ma non già a sostituzione del pubblico ufficiale, a cui solo spetta l'accusa, bensì a *sussidio,* siccome la persona più competente per apprezzare l'*entità* dell'infrazione.

337. E qui sorge naturale la quistione: è *bene che il pubblico ministero abbia anche la rappresentanza del potere esecutivo?*

338. Non credo!

Primo requisito di uno Stato organato a giustizia si è il predominio della giustizia stessa, oltre la sfera di ogni influenza pubblica e privata.

O negare che l'azione sia un atto di giustizia, o liberare questa da ogni influenza del potere.

Che cosa avviene mercè l'azione?

Si discerne il colpevole dai probi cittadini; orbene, questa è la più delicata funzione, che pone a pericolo tutte le libertà civili...; bisogna quindi attribuire a chi la esercita la massima indipendenza.

In un giudizio civile il mugnaio di Posdam fa condan-

nare Federico il grande; ottimamente!...; ma dove si inizii un processo penale, ben più gravi interessi son minacciati, che non la proprietà; epperò maggiore è il bisogno che sia assicurata la indipendenza.

È l'amore di questa stessa indipendenza, che ci obbliga a combattere anche l'opinione, doversi l'azione concedere a tutti i cittadini, o *esclusivamente* al *privato offeso*.

- In tal caso abbiamo in moto l'interesse e le passioni private e riesce illusoria l'*oggettività* della giustizia.

Il *privato offeso* poi, *unico* accusatore, toglie al reato il suo carattere intrinseco di *pubblica* offesa; e gli attribuisce quello di *privata* offesa, che conviene all'azione civile, derivante dal reato.

Suolsi giustificare la qualità nel P. M. di rappresentante il potere esecutivo, per via di *esclusione*.

L'azione penale, si dice, non può appartenere al *potere legislativo*; perchè estraneo questo alla pubblica amministrazione; non al *giudiziario*, che deve procedere senza animo preoccupato alla istruzione della causa ed al giudizio; dunque apparterrà al *potere esecutivo*, a cui spetta il mandato di promuovere l'esecuzione di tutte le leggi.

La falsità appare dall'ultima conseguenza. « Se fosse lecito, dice BORSARI, al Governo (e tale è il potere esecutivo) portarsi egli medesimo davanti ai tribunali, egli potrebbe per avventura colla sua influenza turbare l'animo dei giudici; l'autorità del Governo peserebbe troppo sulla bilancia della giustizia. »

Perchè dunque ammettere i rappresentanti del Governo?

989. Volete la indipendenza? Non ci rimane altra via che affidare l'*azione* al potere giudiziario, il solo indipendente dal potere esecutivo, che non può, non deve patire influenza veruna.

Rimanga dunque l'*azione* ad un pubblico funzionario ap-

partenente al potere giudiziario, che goda di tutti i diritti e le guarentigie di questo ed in particolare dell'*inamovibilità*. Non appaja il P. M. un essere ermafrodita: il magistrato, che fa i suoi complimenti alla politica: *la politica posta sul dorso della magistratura* (CARCANO, *Il P. M.*); ma sia solo *parte integrante della magistratura stessa*.

Il P. M. promuove un giudizio del massimo interesse cittadino; fa gravi indagini, attraversa ogni sorta di diritti; in tutto ciò vi ha controversia; or bene, dove sorge controversia, spetta ai giudici indipendenti l'azione, non ai mandatarj del potere esecutivo.

Riconosco la difficoltà sopra esposta; che l'*azione* cioè debba conferirsi a *diversa persona* dal giudicante.

Tale distinzione però fra *accusatore* e *giudicante* può benissimo ammettersi per legge, determinando per il P. M. quanto vi ha già per il giudice istruttore, il quale non può far parte del giudizio nella Corte d'Assise.

Concludiamo dunque: che se la pubblicità dell'azione obbliga affidare questa a un pubblico funzionario (dappoichè l'azione in balìa a tutti i cittadini non ci pare un concetto corrispondente all'attuale nostro organamento civile), la indipendenza dell'azione stessa obbliga questo *pubblico funzionario a far parte integrante della magistratura, con riguardo però di sua distinzione dai magistrati, che partecipano al giudizio.*

890. E poichè l'esige l'argomento, noi ad assicurare questa indipendenza vorremmo: che altro elemento entrasse nell'azione, per prevenire il *monopolio* del P. M.

Sarebbe questo l'*intervento della persona offesa*, non però fino al punto, che possa l'offeso da sola *esclusivamente* iniziare il processo. Essa può querelarsi *sussidiariamente* (*Nebenklage*, come dice il *Processo Germanico*, § 436 e segg.) avanti al P. M., a cui spetterebbe sempre il diritto

di accettare o respingere la querela, incontrandone però la responsabilità nel caso di rifiuto. Solo a questo patto il reato conserverà sempre il carattere *di offesa all'ordine giuridico* in confronto alla violazione del diritto privato; e sarà opposto un rimedio al *monopolio della accusa*.

891. In Germania però la *Staatsanwaltschaft* ha ben diverso carattere dal nostro P. M. Essa non ha *mai* nè la *funzione* nè l'*importanza* di una parte in causa (cf., p. e., il Cod. proc. pen. germ., § 158, 2 e § 206), avendosi cura che non abbia a turbare l'indipendenza de' giudizi (ibid., § 147). Tuttavolta i criminalisti tedeschi non fanno troppo buon viso a questo istituto francese (cfr. JOHN, op. cit., p. 960-961: GEYER, *Lehrbuch*, p. 406 e segg., il quale dice essere questa una istituzione piena di contraddizioni).

892. 3.° Altro carattere dell'azione penale, secondo classici scrittori italiani, sarebbe la *irrevocabilità*. « Una volta promossa l'azione, dice il PESCATORE (*Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, parte II, pag. 16) il P. M. non ha diritto di ritirarla.

893. Chi accusa, si dice, non deve giudicare, e quando il P. M. potesse ritirare l'azione, si convertirebbe in magistratura giudicante.

Questa *irrevocabilità*, arrogi, è conforme all'*interesse sociale*, perchè previene le facili accuse; ed all'*interesse dell'imputato*, perchè, se devesi punire il colpevole, l'innocente ha diritto di esaurire ogni atto processuale e vedere altamente promulgata la sua innocenza con un giudizio di assoluzione.

Per questi ed altri motivi pareva abbastanza raffermato nella scienza il principio della *irretrattabilità*, e noi pure lo abbiamo sempre proclamato quasi dogma indiscutibile.

894. Chi scosse la nostra fede furono specialmente i periti sperimentalisti; i quali nello stadio avanzato della

istruttoria ed anche del giudizio, dimostrando in alcuni casi speciali l'enormità di obbligare a perseguire l'accusa, anche quando si acquisti la convinzione dell'innocenza, ci hanno obbligati a maggior riflessione sull'argomento, e dietro questa ci siamo man mano convertiti a diverso consiglio — che cioè *chi apre l'azione debba pure avere il diritto di rivocarla in qualunque stadio del processo.*

Ora che alle *prove legali* si è sostituito l'*intimo convincimento*, vieppiù ripugna obbligare un magistrato ad agire contro coscienza; ed in tale condizione si troverebbe appunto il P. M., quando, convinto della innocenza, gli fosse tolto il diritto di recesso.

Quale indipendenza, dove la coscienza è vincolata da vano formalismo?

Se è giusta la distinzione fra accusatore e giudicante rispetto al pubblico giudizio, è essa importuna, anzi fallace in segreto, rispetto alla coscienza del P. M., la quale necessariamente *giudica coll'atto di accusa*, ed il suo giudizio, appunto perchè non ha il carattere di sentenza, ed è privato, può essere sempre riformato.

È concesso al P. M. il diritto di accusa; orbene, questo presuppone la *facoltà di fare o non fare*, la libertà di procedere o di desistere dal processo, fino ad opera compiuta.

A torto si oppone l'*interesse pubblico e privato*, perchè se avanti all'ostacolo dell'irretrattabilità sarà più cauto l'accusatore nell'iniziare un'azione; iniziata poi, sarà necessariamente ostinato nel sostenerla, con grave dispendio dello Stato, molestia dei cittadini, e danno della propria autorità.

Concludiamo: per noi oggi l'irretrattabilità è un pregiudizio dottrinale, contro scienza e coscienza; ed a questa vorremmo sostituito altro carattere dell'azione l'*indefettibilità*.

Si fa questione se siano ammissibili, durante il processo, modificazioni alla formola originaria dell'accusa; o se, ri-

sultando dal processo circostanze imprevedute, che influiscano notabilmente sul giudizio della fattispecie, si debba trascurarle nella sentenza o rescindere l'azione per rinnovarla, al caso, più tardi. Il Glaser, che tratta profondamente la questione in un recente suo lavoro (*Verhältniss des Urtheils zur Strafklage,* 1884), crede che basti in tal caso concedere una dilazione alla difesa, perchè possa prepararsi a rispondere in proposito.

895. *Che intendiamo per indefettibilità?*

= Che ogni reato dia necessariamente luogo all'azione penale. =

896. Questo è il principio scientificamente assoluto, che deve avere nella legge la sua applicazione, procurandosi di restringere vieppiù le eccezioni, che sono imposte dalla condizione politica.

Fra queste vi ha: *a*) l'*inviolabilità* del *principe* ed anche del *pontefice*, che, secondo la *legge del 13 maggio 1871,* è *persona sacra ed inviolabile.* Intorno a ciò, nulla abbiamo a ridire; imperocchè non sappiamo concepire *sovranità personale* con subordinazione al giudizio penale.

b) L'*inviolabilità degli agenti diplomatici.* Si badi però, che questa si risolve in questione di *competenza;* giacchè l'agente diplomatico non isfugge all'azione penale, ma solo all'azione penale *locale,* per essere sottoposto al giudizio del proprio Stato.

c) *Esigenze parlamentari.* Queste costituiscono una limitazione, la quale potrebbe essere ancora modificata a favore del diritto comune.

d) *Difetto di querela,* ove questa sia necessaria.

e) *Questione pregiudiziale.*

Queste eccezioni costituiscono gli *ostacoli all'azione penale.*

CAPITOLO TERZO.

CONCETTI AFFINI.

—

BIBLIOGRAFIA.

DOCHOW (nell'*Handb.* di HOLTZENDORFF, II 356 sq.). — FREUDENSTEIN, *Das System des Rechtes der Ehrenkränkungen* (Il sistema del diritto delle querele per lesione d'onore). 1880. — DOCHOW, l. c. p. 370. — PLANCK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht* (Molteplicità delle controversie in processo). 1844. — HÉLIE, op. cit., II, 2 § 151 sq. 4 § 168 sq. — *Atti del VII Congresso giuridico tedesco.* I 3 sq. 65 sq. II 145 sq. 240 sq. — BRUCK, *Ueber die präjudizielle Wirkung des rechtskräftigen Criminalurtheils auf die connexe Civilsache* (Sull'influenza pregiudiziale della sentenza penale passata in giudicato sulla connessa azione civile). 1875. — ZIEGLER, *De delictis non nisi ad laesi querelam coercendis.* 1806. — GODEFROY, *De iis delictis, quæ non nisi ad laesorum querelam uindicantur.* 1837.

ARGOMENTO.

897. Concetti affini all'azione penale. — 898. Azioni civili. — 899. Querela di parte. — 900. Denuncia. — 901. Dichiarazioni e rapporti.

897. Sono affini all'azione penale altri istituti, di cui perciò è necessario segnare le differenze. Sono questi la *azione civile nascente dal reato,* la *querela di parte; denuncia, dichiarazione* e *rapporti.*

898. Nasce pure dal reato l'*azione civile.*

1.° *Azione civile* è quella, = per cui si domanda il risarcimento del danno prodotto dal reato =.

È facile da ciò riconoscere le differenze fra azione penale e civile: 1.° La penale appartiene alla società (*azione pubblica*); la civile a chi soffre il danno (*azione privata*); 2.° La penale ha per iscopo *la ristaurazione dell'ordine giuridico;* la civile intende alla *restaurazione del diritto privato;* 3.° La penale di necessità appartiene al giudizio *penale;* la civile di sua natura apparterrebbe al *foro civile;* e, solo come *accessoria,* potrebbe concorrere coll'azione penale per i facili punti di contatto: l'identità del fatto, l'incontro quindi di quistioni e di persone.

899. 2.° La *querela di parte* ha comune coll'azione civile il *danno privato* ed è perciò *ritrattabile.*

Essa si fonda sopra circostanze singolari del reato, per cui acquista esso la sua *entità giuridica* solo in relazione dell'*apprezzamento fatto dall'offeso;* per ciò, il rappresentante della società non può procedere, senza il *preventivo* e *concomitante* intervento di questo. Ciò naturalmente avviene rispetto ai reati di diffamazione, adulterio, violazioni al pudore ed in genere di quelle lievi ingiurie, che acquistano importanza in relazione alla dignità offesa.

Quando l'azione penale è esclusivamente commessa ad un pubblico ufficiale, facile procede la distinzione di questa dalla querela: non così quando la parte offesa ha la facoltà di iniziare il processo, come è del Cod. Germanico. I tedeschi sogliono quindi dire che in questi processi e l'iniziativa e la persecuzione spetta alla parte interessata (cfr. JOHN, op. cit., p. 933).

900. 3.° *Denuncia* è l'atto, = con cui il cittadino fa noto alla polizia giudiziaria un reato =.

Il denunziante non fa altro, che recare una notizia, senza esercitare alcuna autorità od influenza nella azione penale, come avverrebbe nella azione civile e nella querela di parte.

901. 4.° *Dichiarazioni* e *rapporti* sono concetti molto affini alla denuncia, con maggiore importanza per ciò, che in alcuni casi, come avviene nella azione *diretta*, servono di indirizzo all'azione e sono base del processo.

Le *dichiarazioni* sono denuncie *obbligatorie* de' medici, chirurghi, levatrici per l'eventualità di un reato; i *rapporti* sono informazioni date dai pubblici funzionarii costituenti la *polizia giudiziaria*, della quale parleremo nella istruttoria.

CAPITOLO QUARTO.

EFFICACIA ESTENSIVA DELL'AZIONE PENALE.

—

Argomento.

902. Distinzione di due giudizii, secondo la diversa giustizia *preventiva* o *repressiva*. — 903. A chi competa il giudizio. — 904. Giurisdizione ordinaria. — 905. Conflitti. — 906. Eccezioni alla giurisdizione ordinaria.

902. L'*efficacia estensiva* si riferisce alla giurisdizione e competenza, argomenti proprii al *diritto giudiziario;* i quali, allargando l'osservazione oltre i confini di uno Stato, conducono alla trattazione del diritto *penale internazionale* e del diritto *penale universale*.

Ritenuta la distinzione razionale di *giustizia preventiva* e *repressiva*, di *reato* e di *contravvenzione di polizia*, dobbiamo di necessità ammettere *due* giudizii affatto distinti.

Questo concetto però, che si trova pur in germe nel diritto antico, incontra oggi un grave ostacolo; e, per poterlo convenientemente attuare, si dovrebbe sconvolgere tutto l'organismo attuale del processo: lo che è contrario al sistema, che ci siamo proposti.

903. Avvertiamo soltanto: che ritenuta pure la *triplice* distinzione della giurisdizione ordinaria: *pretura, tribunale correzionale, corte d'assisie*, si dovrebbero deferire al pretore le contravvenzioni di polizia; ed i reati in genere al tribunale ed ai giurati (riservate le eccezioni, di cui retro, n. 186), lasciando all'accusa la determinazione singolare del giudizio. = In Germania le contravvenzioni ed i lievi reati (fino alla pena di 3 mesi di carcere o 600 marchi = L. 750) sono deferiti ai *giudizi degli scabini*. La questione pregiudiziale di competenza è previamente risolta dal *tribunale correzionale* (Strafkammer). Questo è poi competente per tutti i delitti e i crimini, la cui pena non supera i 5 anni di carcere, o che sono di speciale frequenza o che infine vengono commessi da persone minori degli anni 18. Le *corti di assisie* giudicano di tutti gli altri crimini non deferiti al tribunale o ad altro giudizio eccezionale (p. e. al 2.° e 3.° senato del supremo giudizio dell'impero).

Ritenuta però anche la forma vigente, accenniamo alle norme di competenza comuni.

904. La giurisdizione *ordinaria* è quella del luogo, ove si è commesso il reato; perchè *territoriale* è la legge penale; *sussidiaria* è quella del luogo della dimora dell'imputato o dove è seguito l'arresto.

905. Sorgendo questione di competenza, è chiamato a risolverla direttamente la giurisdizione superiore a quelle, che trovansi in conflitto.

Nella *connessità* di delitti, il più grave assorbe il minore

e nella *concorrenza* tra il foro ordinario od eccezionale, il primo ha la prevalenza.

906. Il giudice competente, come tale, deve conoscere tutte le cause, che gli appartengono, a meno che: 1.° fosse annullata la sentenza dalla Corte di Cassazione; imperocchè in tal caso è a supporsi preoccupato l'animo del primo giudice, e quindi è necessario rimettere gli atti del processo e la parte avanti ad un altro giudice o Corte; 2.° per *ricusa*, quando si abbia timore che il giudice *inter adversarios conventat;* 3.° per la *rimessione della causa* da uno ad altro giudice, dietro i motivi di sicurezza pubblica e di legittima sospezione, per decisione del magistrato superiore a quello, di cui si contrasta la competenza sopra istanza del P. M. o delle altre parti.

CAPITOLO QUINTO.

DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE, ESTRADIZIONE.

—

BIBLIOGRAFIA.

BUCCELLATI, *Osservazioni intorno al Progetto del Codice penale*, dalla pag. 59 alla pag. 172. 1868. — GEYER, *Grundriss* ecc., pag. 91. — WITTE, *Meditationes de iure criminali intern.* 1843. — BAR, *Das internationale Privat und Strafrecht.* 1862 (Diritto privato internazionale e diritto penale). — ROHLAND, *Das internationale Strafrecht.* (Diritto penale internazionale). 1877. — CARRARA, *Opuscoli di diritto Crimin.* II, 1870, e *Programma*: parte generale, II 1877. Le opere di diritto internazionale di ESPERSON, FIORE, ecc., ecc. Atti dell'*Institut de droit international,* sessione tenuta a Monaco 1883. — *Sull'estinzione dell'azione penale* cfr. la bibliografia a proposito dell'estinzione di reato.

ARGOMENTO.

907. L'azione penale può estendersi anche oltre i confini materiali dello Stato; da ciò le norme di *diritto penale internazionale.*

908. A quale principio devonsi subordinare le *norme di diritto penale internazionale?*

Alla *territorialità.*

909. Le disposizioni sull'*applicazione delle leggi in generale* preposte al nostro *codice civile* sanciscono: « che le leggi penali e di polizia e sicurezza pubblica obbligano tutti coloro, che si trovano nel territorio del regno (art. 5) ». Con questa disposizione felicemente introdotta, in Italia è risolta la questione. = Le leggi penali non si possono considerare come statuto *personale* o *misto;* sì bene come *statuto reale:* si estendono cioè ai confini dello Stato, senza riguardo a persone. =

Il che è secondo ragione; perchè il reato è un'infrazione dell'ordine giuridico. Siccome poi quest'ordine aderisce naturalmente allo Stato; così la reintegrazione o la pena correlativa al reato deve competere allo Stato stesso, ed applicarsi indistintamente a chiunque abbia commesso un delitto entro il costui territorio.

La difficoltà sorge dalla determinazione del concetto di territorialità.

910. *Territorio* non è solo tutto ciò, che entra nella cerchia materiale che cinge lo Stato; ma ancora quanto allo Stato *giuridicamente aderisce* (Vedi lo sviluppo di

questa dottrina nella nostra opera *Osservazioni al progetto,* ecc., ecc., dal n. 199 al 252).

Come avviene nelle minori aggregazioni: famiglia, comune e provincia, che, costituendo ciascuna un ente autonomo, allargano i loro rapporti giuridici, in modo da formare da ultimo il massimo ente *collettivo,* lo *Stato;* così relativamente agli Stati vi sono rapporti giuridici, i quali si introducono, quale raggio in altri Stati confratelli, per costituire una *società maggiore,* l'*umanità.*

Uno Stato, senza questi rapporti, dagli altri Stati dovrebbe considerarsi *hospes* (*hostis*); per averlo amico è necessario un vincolo giuridico.

Questo vincolo giuridico, o rappresentanza di sè in altro Stato, avviene mercè gli *agenti diplomatici,* per i quali quindi l'esenzione della giurisdizione locale non è un privilegio di *estraterritorialità,* ma una conseguenza stessa della territorialità ben intesa.

Non solo vi sono *persone,* che poste in Stato straniero aderiscono giuridicamente allo Stato; ma vi sono eziandio *atti* (reati *contro la sicurezza dello Stato, falsificazione di moneta, contraffazione di carta o sigilli*) e *cose* (*navi da guerra e mercantili, colonie, occupazione militare*), che, materialmente eseguiti o poste fuori dello Stato, giuridicamente al nostro Stato appartengono.

Chiarite queste idee, è data una base razionale al diritto penale internazionale: (lo che abbiamo fatto nella citata op. *Osservazioni,* ecc.).

911. *Dal concetto di territorialità deriva il dovere di estradizione nello Stato, in cui si è rifugiato il reo.*

L'estradizione non è una grazia, che si domanda; è un diritto, che si fonda sulla sovranità degli Stati, a cui, come avviene di tutti i diritti, corrisponde un *dovere giuridico* imposto = dalla fraternità dei popoli in una società mag-

giore, l'umanità, e dalla conseguente solidarietà per l'osservanza della giustizia, in cui *communitas vitæ continetur* = (*Cic.*).

Deve essere quindi interesse di tutti gli Stati l'estradizione, senza eccezione di reato o di persona.

Qualora l'estradizione non sia accolta, in via *sussidiaria soltanto,* vi provegga lo Stato, in cui si è rifugiato il reo; e dove il giudizio con presunta buona fede sia già stato dato da una Magistratura straniera, sia esso rispettato.

A questo modo soltanto si può raggiungere l'*universalità* nel diritto penale.

CAPITOLO SESTO.

DIRITTO PENALE UNIVERSALE.

ARGOMENTO.

912. Universalità del diritto penale. — 913. *Territorialità, universalità, estradizione:* deliberazioni dell'ultimo Congresso dell'Istituto Internazionale conformi alla spiegata dottrina.

912. *Che si intende per universalità di diritto penale?* È la ricerca di una *legge* o di un *principio costante* nell'ordine dei fatti, il quale domini la criminalità.

Avverto anzitutto: che qui il concetto di legge non è assoluto; ma, secondo il calcolo di probabilità, sarebbe il risultato di molti fattori, in fondo ai quali vi ha la *libertà individuale.*

Noi abbiamo fede nella scoperta di questa legge, e, mentre lasciamo ai fisiologi la ricerca de' suoi elementi, notiamo fin d'ora: che il diritto penale procede dall'umana

natura e dalla società; e poichè questi sono sostanzialmente invariabili, così abbiamo ragione di sperare che sostanzialmente invariabile sia per essere l'istituto, che ne deriva.

Sia pure come vuol MEYER, più facile l'*uniformità* del processo penale; ciò non toglie, che sia questa possibile anche nel diritto statuente.

La *singolare* attività giuridica di una nazione si manifesta specialmente nella costituzione politica ed amministrativa, in parte anche nel diritto civile e commerciale; ma là dove si tratta di giustizia *repressiva*, di reato propriamente detto, vi deve necessariamente essere l'incontro, sicchè tutti gli Stati civili armonicamente concorrano alla formazione di un sol codice.

A ciò tendono gli sforzi dei giureconsulti e legislatori, ed in particolare dei cultori di diritto internazionale, che rappresentano la giustizia e l'interesse comune delle nazioni (V. *Propeutica*, ecc., ecc.).

918. Giovi qui ricordare le proposte ultimamente fatte da BAR e BRUSA ed accolte con lievi modificazioni dall'*Istituto di diritto internazionale a Monaco nel 1883*. Queste proposte, che hanno per scopo di togliere il *conflitto delle leggi penali*, si fondano sopra i concetti di *territorialità* ed *universalità*, che vent'anni sono da noi vivamente propugnati, apparvero un ideale di impossibile attuazione (V. *Osservazioni al Progetto*, ecc., ecc., — *lettera* di AMBROSOLI, pag. 173).

CAPITOLO SETTIMO.

ESTINZIONE DELL'AZIONE PENALE.

—

ARGOMENTO.

914. La *azione* penale si *estingue:* 1.° colla *morte* del reo, la quale del resto nulla influisce sulla azione civile, che di sua natura colpisce il patrimonio del delinquente e quindi si esercita contro gli eredi di questo; 2.° colla sentenza: *res iudicata pro veritate habetur;* 3.° coll'*amnistia*, la quale non può essere respinta dal privato, perchè giustificata solo dalla legge suprema del pubblico bene, a cui ogni cittadino è subordinato; 4.° colla *remissione della parte offesa,* che può intervenire in qualunque stadio del processo; 5.° colla *prescrizione penale:* — E qui sorgono varie quistioni.

915. *Quale è il titolo, che giustifichi la prescrizione?* L'ordine giuridico, la cui tutela è nella pena minacciata, se ottiene la sua *reintegrazione,* in via *ordinaria,* mercè la pena inflitta, può raggiungere in via *eccezionale* la reintegrazione stessa, mercè il lungo tempo trascorso, come avviene di una ferita, che gradatamente si cicatrizzi e dispaja. Perciò dice bene CARMIGNANI: « che, quando il lungo lasso di tempo cancelli la memoria della condanna, la pena non trova più la sua sufficiente condizione, quale la mente del legislatore la concepiva; » e parimenti BORSARI avvisa: « che mancano in tal caso al

potere sociale le condizioni, che legittimano le restrizioni della libertà individuale dell'uomo. »

Qualora si possa presumere, che la *reintegrazione* sia avvenuta in qualunque modo, non si può oltre procedere alla pena. — Aggiungi la difficoltà di raggiungere lo scopo della azione; perchè col tempo si altera e si smarrisce il senso del vero: lo stesso delinquente in un lungo lasso di tempo si muta, come bene avverte GEYER (in HOLTZ., *Encycl.*, pag. 919 e segg.), e non potrebbe neppure egli dare un adeguato ragguaglio di quanto è avvenuto in sè stesso tanto tempo prima: non c'è uomo, che dopo venti anni riconosca ancora sè stesso. — Si apre poi facile l'adito alla calunnia, si rende incerta la difesa. — Finalmente vige una ragione di equità per gli stenti già sofferti dal delinquente, e una ragione di umanità, dacchè la persecuzione tardiva riveste il carattere vessatorio di vendetta. Da ciò procede che la prescrizione: *a*) è di ordine pubblico; *b*) può essere proposta in ogni stadio della causa; *c*) non si può rifiutare; *d*) il giudice la dichiara d'ufficio.

916. Quanto all'arduo quesito sulla *interruzione della prescrizione* ricordiamo gli studii fatti specialmente sul § 1 dell'art. 100 progetto VIGLIANI: « *Gli atti di procedimento* per crimini o delitti interrompono il corso della prescrizione per tutti coloro che ebbero parte nel reato. »

A questa disposizione si oppone quella del codice toscano, per cui « il corso della prescrizione dell'azione penale non s'interrompe, se non colla *pronuncia della condanna in contraddittorio o in contumacia* ».

In seno della Commissione per la revisione del codice penale sostennero il sistema toscano CARRARA, PAOLI e NELLI; e dietro proposta del Senatore CONFORTI erasi sostituito al citato articolo del progetto VIGLIANI la formola seguente tolta dal codice toscano: « § 1. Il corso della

prescrizione dell'azione penale è interrotto dalla pronuncia della condanna in contraddittorio o contumacia, ancorchè la sentenza per qualsiasi rimedio giuridico rimanga inefficace. »

A questa regola giudicata da taluni radicale o pericolosa si vollero imporre modificazioni ed eccezioni.

Le modificazioni furono accolte dalla Commissione, dietro proposta del presidente Mancini, ammettendo = l'interruzione per qualunque atto di procedimento, quando fosse stato stabilito dalla legge un termine più breve di quelli indicati nell'art. 96 =.

L'eccezione poi alla massima sancita dall'art. 94 del codice toscano accolta dal Progetto della Commissione, venne così espressa nello schema ministeriale: « Il corso della prescrizione dell'azione penale è interrotto dalla pronuncia della condanna in contraddittorio o contumacia, ancorchè la sentenza per qualsivoglia rimedio giuridico rimanga inefficace. Interrompono pure la prescrizione gli atti di giurisdizione indicati nell'art. 745 del codice di procedura penale; ma l'effetto interruttivo degli atti non può prolungare la durata dell'azione penale per un tempo eccedente nel suo complesso la metà dei termini rispettivamente stabiliti dall'art. 101. »

Noi crediamo: che queste eccezioni o modificazioni siano pericolose e irrazionali. Il tempo trascorso cancella dalla coscienza il delitto; perchè questo riviva, ci vogliono veramente atti seri e pubblici (Verb. 118). Tali sono appunto le *sentenze;* rispetto agli altri atti, non credo, che si possa senza pericolo introdurre la distinzione fra atti di procedimento, quali sarebbero le *denuncie, querele, requisitorie,* e atti di giurisdizione, quali i *mandati di cattura* e *comparizioni, citazioni, interrogatorii, atto di accusa, dibattimento giudiziario,* ecc., ecc.

Parimenti pel codice penale germanico (GEYER, l. c., pag. 920) ogni atto di procedimento interrompe il corso dellá prescrizione. Il GEYER trova tale principio in opposizione coll'indole generale dell'istituto della prescrizione e propone, che non si dia a tali atti efficacia di distruggere gli effetti del tempo prima decorso. Tutt'al più vorrebbe che *durante tali atti* si consideri come *dormiente* la prescrizione.

CAPITOLO OTTAVO.

L'AZIONE PENALE IN DIRITTO ROMANO.

—

ARGOMENTO.

917. Vicende della azione penale in Roma. — 918. L'azione civile in concorso colla penale. — 919. Tribunali distinti. — 920. Diritto penale internazionale ed estradizione. — 921. Estinzione dell'azione penale.

917. L'azione penale romana era precisamenle l'*ius persequendi in iudicio quod sibi debetur* applicato allo Stato, il quale faceva valere per mezzo di essa i suoi diritti conculcati dal delinquente. Essa era nessariamente *pubblica;* nè sottratta alla pubblicità fu nemmeno la *cognitio extra ordinem*. Si procurò anche di provvedere all'*indipendenza* dell'azione penale: benchè non possiamo trovare un istituto analogo al nostro pubblico ministero. L'accusa era sempre o quasi lasciata a' privati e se spesse volte, principalmente al tempo dell'*extraordinaria cognitio,* si fa strada il metodo inquisitorio, questo è esercitato

dalla stessa magistratura giudicante, che sostiene poi l'accusa. Il principio della *irrevocabilità* si riferisce alla pena e non alla azione, ed è assai chiaramente sancito: « pœnam sua dictam sententia presidi prouinciæ reuocare non licet » (Cod. 9, 47, 15): solo il principe poteva restituire in integro il condannato, in via straordinaria (cfr. t. 51, huius libri). Del resto l'accusatore, per recedere impunemente, doveva impetrare l'*abolitio*.

918. Da uno stesso atto delittuoso può benissimo sorgere *azione civile* e concorrere colla penale (D. 47, 2, 52, etc.).

Benchè il diritto d'azione fosse a tutti i cittadini concesso, tuttavia per taluni reati (adulterio, stupro, ingiurie, ecc.) era ristretto alla *parte offesa,* o a chi *indirettamente* veniva leso dal reato per lo stretto rapporto, che intercedeva fra lui e l'offeso.

919. Secondo la gravità del reato e della pena meritata venivano anche distinti più *tribunali* (cfr. D. 1, 13, 9, 3 — 48, 2, 6 — 48, 19, 5, 2, ecc.). Così era anche per i reati e le contravvenzioni, se non che tale distinzione non fu in pratica osservata tanto coerentemente (cfr. la *Conclusione* di questo lavoro, n. 1000),

920. Nè, pur troppo, dopochè Roma arrivò a un grado considerevole di potenza, furon mantenute le esigenze dell'*estradizione* de' colpevoli e l'attuazione di un *diritto penale internazionale.* Ciò deriva e dallo spirito generale dell'antichità in questa materia e dalla inferiorità civile di quasi tutti i popoli, con cui Roma veniva a contatto.

921. L'azione penale si *estingueva:* 1.° colla *morte* del reo: *crimen extinguitur mortalitate* (cf. D. 48, 5, 11). Si fece eccezione pel *crimen maiestatis* e quindi pel *crimen peculatus et de residuis* e pel *crimen repetundarum;* e

dopo Adriano in generale quando il reo si fosse ucciso per timore della condanna (PAUL S. 5, 12, 1, etc.); 2.° colla *sentenza;* 3.° coll'*abolitio* nell'interesse stesso dell'accusatore, che si ritirava evitando i pericoli della calunnia; 4.° coll'*indulgentia principis* sia *generale* (ordinaria in alcune occasioni pe' reati più lievi), sia *speciale;* 5.° colla *prescrizione.*

TRATTATO TERZO.

ISTRUZIONE PREPARATORIA.

ARGOMENTO.

922. Programma di questo trattato.

922. Oggetto di questo trattato sono: 1.° *concetto* dell' istruzione preparatoria e *norme generali;* 2.° *atti precedenti* l' istruzione e polizia giudiziaria; 3.° *atti dell'istruzione;* 4.° *compimento dell'istruttoria.*

CAPITOLO PRIMO.

CONCETTO DELL'ISTRUTTORIA E NORME GENERALI.

BIBLIOGRAFIA.

GEYER nel suo *Handbuch,* pag. 468 sq. e in HOLTZENDORFF'S, *Handbuch,* 1, 221 sq. — PLANCK, *System,* pag. 173 sq. 214 sq. — PERGAMENI' *Réforme de l'instruction préparatoire en Belgique.* 1871.

ARGOMENTO.

923. Genesi dell'istruzione preparatoria. — 924. Sistema da seguirsi nell'istruzione preparatoria e momenti di questa. — 925. Necessità dell'istruzione preparatoria anche quando vi sia la *citazione diretta*.

923. Commesso un reato, la società naturalmente è turbata; ed ogni privato cittadino, come parte della so-

cietà, avrebbe facoltà di procedere alla ricerca del reo, per la *reintegrazione dell'ordine offeso.*

Questa è *reazione naturale* al delitto in tutti coloro, che, costituendo la società, si credono, e con ragione, *solidariamente* obbligati alla tutela di questa contro il delinquente. Solo più tardi, la sovranità, gelosa del suo potere rappresentativo, si arroga dapprima la persecuzione o ricerca del reo, quindi gradatamente anche l'*iniziativa del processo*, delegando alcuni suoi ufficiali, alla ricerca del reato e del reo.

In questo primo stadio del processo si dispone la materia necessaria, per il definitivo giudizio: solo scopo quindi è la investigazione di una verità di fatto: *se esista e sotto qual titolo il reato imputato.*

924. Secondo questo concetto, le indagini devono essere fatte in modo *sperimentale, cronologico,* senza animo preoccupato e col solo intento di raggiungere la verità, avendosi così in germe nell'istruttoria i due momenti opposti del procedimento: la *condanna* e la *assoluzione.*

925. Se il carattere ordinario di questa operazione preliminare al giudizio è *analitico* e *scritto*, talora però può essere *sintetico* e *orale,* quando cioè la *flagranza* di reato o la *lieve* infrazione non esigono una speciale indagine di fatti.

Ad ogni modo crediamo: che questa istruttoria sia sempre *necessaria;* e si abbia pure colla *citazione diretta,* in cui il pubblico ministero, in un colla polizia giudiziaria, pronunciano e sostengono una accusa.

CAPITOLO SECONDO.

ATTI PRECEDENTI L'ISTRUZIONE E POLIZIA GIUDIZIARIA.

—

BIBLIOGRAFIA.

DANNER, *Ueber das Verhältniss der Polizei zur Staatsgewalt* (Sul rapporto fra polizia e potere esecutivo). 1826. — MOHL, *System der Präventivjustiz* (Sistema di giustizia preventiva). 3.ª ed. 1846. — *Atti del Congresso giuridico tedesco,* III, vol. 2, pag. 293 sq. — GLASER, *Kleine Schriften* (Scritti minori), I, 373 sq.

ARGOMENTO.

926. Polizia giudiziaria. — 927. Atti che avviano all'istruzione. — 928. *Denuncia.* — 929. *Parte lesa.* — 930. *Querela e contro-querela.* — 931. *Citazione diretta.* — 932. Sentenza in proposito del ministro VILLA.

926. Al pubblico ministero, a cui spetta l'accusa, sono subordinati = gli ufficiali incaricati a raccogliere gli estremi dell'accusa stessa =. Questi sono gli agenti della forza pubblica, a cui è affidato specialmente la sicurezza e l'ordine dello Stato.

Gli atti poi della polizia giudiziaria, mettono capo a un giudice di tribunale, distinto colla qualifica di *giudice istruttore,* il quale non possa poi per l'animo preoccupato dagli antecedenti, partecipare al giudizio definitivo.

Sotto la direzione e la responsabilità del pubblico ministero e del giudice istruttore, la polizia giudiziaria, per

la ricerca del reato, ha le più ampie facoltà conforme al bisogno; potendo anche legalmente offendere la libertà individuale, quella di domicilio, e perfino il diritto di proprietà.

927. Gli atti, che avviano all'istruzione preparatoria sono:

928. 1.° *La denuncia,* o la notizia del commesso reato. La notizia è data da un pubblico ufficiale, mercè il *rapporto;* o da un privato, mercè la *denuncia,* la quale se *officiosa* od *obbligatoria* assume il distintivo di *dichiarazione* (V. retro).

929. Al danneggiato come all'offeso dovrebbe assegnarsi un intervento all'*azione,* solo moderatore del pubblico ministero (V. retro n. 886 e CASORATI, *Riforme,* ecc., pag. 126): così si dovrebbe concedere ancora allo stesso una prudente partecipazione all'istruttoria.

930. Alla querela (di cui sopra) può opporsi dall'imputato la *contro-querela;* e dove la querela è richiesta dalla legge, a questa dovrebbe conseguire naturalmente anche il diritto di desistenza, ed in alcuni casi, sotto speciali condizioni, anche il condono della pena.

931. Raccolto dalla polizia quanto è necessario, per promuovere con cognizione di causa la azione, se questa procede per citazione *diretta,* il procuratore del re eviterebbe l'istruttoria (o meglio l'istruttoria *ordinaria* con metodo analitico); e dopo pronto interrogatorio (sintesi dell'istruttoria) l'imputato sarebbe sottoposto al giudizio.

932. Due recenti circolari del Ministro VILLA dichiaravano: che per i delitti « la citazione diretta costituisca la regola, la istruzione formale la eccezione. »

Che ciò sia veramente secondo il nostro codice, non credo; lo è però secondo ragione, e gioverebbe il principio alla più estesa applicazione del sommario processo, per la triplice economia di tempo, di spese e di carcere preventivo.

CAPITOLO TERZO.

ATTI DELL'ISTRUZIONE.

—

BIBLIOGRAFIA.

JAGEMANN, *Handbuch der Untersuchungskunde* (Manuale d'istruire processo). — HÉLIE, op. cit., l. 4, c. 8.°, § 345 sq. — BEST, *The principles of law of evidence* (Principii del diritto delle prove). 6.ª ed., 1875, pag. 558 e sq. — WASER, *Haussuchung und Beschlagnahme von Papieren* (Visita domiciliare: sequestro di carte) nel *Gerichtssaal*, I, 61 sq. v. HOLTZENDORFF'S nel suo *Manuale*, I, 307. — MITTERMAIER nel *Neues Archiv*, II, 452, V, 306. — ABEGG, *ibid.*, 1842, pag. 383 sq. — BLUNTSCHLI nello *Staatswörterbuch* (Dizionario di diritto pubblico), II, 259, V, 1 sq. — HÉLIE, op. cit., l. 3, c. 7 e c. 6. — SONTAG, *Entlassung gegen Caution* (Rilascio del delinquente contro cauzione). 1865. — ZUCKER, *Reformbedürftigheit der Untersuchungshaft* (Necessità di riforme nel carcere preventivo). 1879. — LUCCHINI, *Il carcere preventivo*. 2.ª ed. 1873. — SALA nella *Rivista penale*, II, 138 e III, 505. — MANFREDINI, *ib.* 158. — CASORATI, *ib.*, V, 32 sq. 164 sq. 298 sq. — PERGAMENI e THONISSEN, *ib.*, I, 46. — HÉLIE, op. cit., l. 4, c. 14, 15. — HEINZE, *Das Recht der Untersuchungshaft* (Il diritto della prigione preventiva). 1865. — *Atti del congresso giuridico tedesco*, XI, 1, p. 42 sq. — (WAHLBERG), 87 sq. — (VOLLERT) XII, 1, p. 46 sq. — (NISSEN), etc. — DUTRUC, *Code de la détention préventive*. 1866. — CLOLUS, *De la détention préventive*. 1865. — DESSALLES, *Reflexions sur la détention préventive*. 1862. — MITTERMAIER, *Beweis* (Teoria delle prove). — KITKA, *Die Beweislehre im österreischischen Criminalprocesse* (Teorica delle prove nel processo penale austriaco). 1841. — BENTHAM, *Rationale of judicial evidence* (specialm. libri 1-3 e 9: Principii sulle prove giudiziali). 1827. — BEST, *Grundzüge des englischen Beweisrechts* (Principii del diritto inglese circa alle prove, con note di MARQUARDTSEN). 1851. — STEPHEN, *A digest of the law of evidence* (Digesto del diritto di prova). 3.ª ed. 1877. — CESARINI, *Inaugurazione degli anni giudiziarj*. 1873, 1874. — TARANTO, *Analisi degli*

indizi e della qualità dei testimoni in materia criminale. 1880. — BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit pénal* 4.ª éd. 1874. 2 vol.

ARGOMENTO.

933. Caratteri dell'istruzione preparatoria. — 934. Propugnatori della oralità e pubblicità. — 935. Ragioni in contrario. — 936. Atti dell'istruttoria. — 937. Constatazione del corpo del reato. — 938. Visite domiciliari e perquisizioni. — 939. *Quid delle lettere?* — 940. Perizie. — 941. Quando si debba ricorrere ai periti. — 942. Carattere della deposizione peritale. — 943. Scelta dei periti. — 944. Obbligo della perizia. — 945. Norme relative. — 946. Direzione della perizia. — 947. Necessità dell'intervento dell'imputato. — 948. Concetto della prova. — 949. Norme per l'uso delle prove formali. — 950. Indizi. — 951. Ragione di questi e distinzione. — 952. Canone primo relativo agl'indizi. — 953. Fonti di prove: documenti. — 954. Confessione. — 955. Testimonianza. — 956. Mandato di comparizione. — 957. Interrogatorio, ricognizioni e confronti. — 958. Compimento della istruttoria.

933. Avanti esporre questi atti dobbiamo avvertire al loro carattere generale: che sono essi cioè atti *scritti* e debbono rimanere in *secreto*.

934. Molti però vi sono, i quali propugnano la teorica della *oralità* e *pubblicità*.

Questa dottrina procede da gravi pregiudizi, a cui ci ha avvezzi in parte la nostra legge.

Di questi il primo si è: che il pubblico ministero non sia rappresentante l'interesse supremo della giustizia, ma un necessario nemico dell'imputato; e sia la sua coscienza vincolata all'*azione* (*irretrattabile*) ed al potere governativo, di cui è rappresentante.

Vuolsi invece considerare ben altrimenti, come noi abbiamo fatto, l'istituzione del pubblico ministero. Quando

questo sia indipendente dal potere esecutivo, faccia parte della magistratura giudiziaria, e non serva ciecamente all'accusa, ritenendosi dessa revocabile, non esige gli si contrapponga il controllo della *oralità* e *pubblicità*.

Il rimedio dunque ai mali supposti deve riferirsi non tanto all'istruttoria, quanto al pubblico ministero.

Certo che la teoria dell'oralità e pubblicità nell'istruzione preparatoria dei processi penali si presenta sotto l'aspetto il più seducente, e pare che coll'abolizione del segreto sia tolto lo strascico dell'arbitrio e del terrorismo di origine imperiale, ed aperto pienamente nuovo sole, la cui luce ricorda la vita popolare e libera di Grecia, di Roma, dell'Inghilterra e dell'America.

Anche qui però vi ha di mezzo altro pregiudizio nel supporre come effetto di progresso il *sistema accusatorio* esclusivo (tale sarebbe il processo se l'istruttoria avvenisse in pubblico contraddittorio); mentre questo, per la ragion delle cose, si trova all'istruzione scritta unito e quanto avvenne ed avviene in altri paesi non è un saggio di vera giustizia.

935. Scopo del processo è la ricerca della verità; or bene, chi non vede che contro questa verità con ogni sforzo si industria l'imputato, e dove pubblica fosse l'istruzione, egli seguendo passo passo l'azione della giustizia, nei paesi, dove è facile la clientela dei birbanti o la camorra, potrebbe distruggersi ogni traccia di delitto, atterrirsi i testimoni, procurarsi falsi testi e documenti, e con ogni mal arte attraversarsi il corso alla giustizia?

Ecco l'argomento, per cui noi crediamo, che, secondo ragione, specialmente in Italia, l'istruttoria debba essere segreta, colla riserva della *difesa* (V. avanti n. 957).

Aggiungi: che l'oralità allunga i processi per il contraddittorio delle parti, lo svolgimento delle prove, rinvii, ecc.,

e nuoce eziandio all'imputato stesso, dando pubblicità ad atti, che potrebbero essere sepolti con una dichiarazione: *non farsi luogo ad accusa.*

936. Gli atti dell'istruttoria si riferiscono: 1.° alla constatazione o meno del corpo del reato; 2.° visite domiciliari e perquisizioni; 3.° perizie; 4.° svolgimento delle prove ed indizi; 5.° mandati di comparizione e cattura, e libertà provvisoria; 6.° interrogatorii dell'imputato, ricognizioni e confronti; 7.° compimento dell'istruzione.

937. 1.° CONSTATAZIONE DEL CORPO DEL REATO. Avuta notizia del reato, il pubblico ministero promuove istanza al giudice istruttore, affinchè proceda all'istruzione preparatoria.

Le ricerche di questo tendono prima *ad rem*, quindi *ad personam;* non essendo possibile stabilire l'istruzione, avanti che sia constatato il fatto.

Il modo naturale per questa constatazione si è l'*ispezione dell'oggetto* materiale di esecuzione; degli istromenti o mezzi, con cui si è commesso il reato, delle *traccie* lasciate e degli *effetti* del reato.

Per i reati di *fatto permanente,* è più facile raccogliere questi elementi; quando invece il fatto è *transeunte*, p. e. ingiurie, ribellioni, e via, l'accertamento del fatto dipende dalla prontezza nel chiamare a deporre le persone presenti e dalle interrogazioni dell'imputato e dell'offeso.

È naturale, che la legge in questa delicata e difficile impresa debba concedere al giudice le massime facoltà; valersi di *interpreti* e *periti,* impedire che si allontanino le persone presenti, provocare da loro *testimonianze* e schiarimenti, sequestrare gli oggetti, che hanno rapporto colla delinquenza.

938. 2.° VISITE DOMICILIARI E PERQUISIZIONI. Fra le facoltà concesse è questa la principale; perocchè il domi-

cilio sarebbe naturalmente inviolabile secondo lo statuto; ed il codice perciò deve = punire severamente chi si introduca col carattere della carica nel domicilio di un privato fuori dei casi preveduti dalla legge =.

Il giudice istruttore può ordinare la visita o perquisizione, tanto dietro istanza al procuratore del re, che d'ufficio, qualora il reato sia flagrante, e qualora vi siano gravi indizi, che in un determinato luogo si possano raccogliere argomenti di fatto per lo scoprimento della verità.

Gli oggetti sequestrati poi sono raccomandati al giudice stesso per la migliore conservazione e possibilmente trasportati in cancelleria.

939. *Quid delle lettere?*

Non v'ha dubbio che queste sono sequestrabili, quando siano in possesso dell'imputato o di un terzo; il dubbio si solleva, quando si tratti di lettere o pieghi *negli uffici postali.*

« Non vi ha cosa, diceva DUPART all'assemblea francese, più funesta e più pregiudizievole all'ordine sociale, quanto il diritto di poter violare; sotto qualunque pretesto, il segreto della posta. »

Molti criminalisti quindi, per rispetto all'inviolabilità del segreto postale, si dichiarano avversi a questo diritto del giudice istruttore; e, dove la legge lo conceda, procurano darne la più ristretta interpretazione.

940. 3.° PERIZIE. L'esercizio pratico del diritto penale presuppone nozioni enciclopediche; onde è naturale che il giudice possa chiamare persone competenti a prestare conveniente nozione di cose, che esigono speciali cognizioni tecniche o scientifiche.

941. MITTERMAIER nel suo trattato *della prova in materia penale,* espone i casi, in cui è necessario ricorrere ai pareri dei periti.

« 1.° Quando si tratta di verificare se alcuni fatti esistono o non esistono, e che questi non possono esattamente conoscersi, se non per la pratica e pei principii di una data arte. Tal sarebbe il caso, in cui l'esame dei periti debba cadere sui segni, che appalesano la verginità, o l'esistenza del veleno in un corpo;

2.° Quando si tratta di determinare la natura e la qualità di alcuni fatti;

3.° Quando il principale fondamento, su cui poggia la sentenza sia l'ammettere come possibile o come probabile un fatto. Può ciò avvenire o quando un testimone per esempio affermi taluni rapporti di fatto; o quando l'imputato alleghi delle circostanze accidentali al delitto, la cui sola verità riconosciuta può dare fede alla confessione;

4.° Quando evvi luogo a conchiudere da fatti noti alle loro conseguenze, che solo l'uomo dell'arte può dedurre. »

Intorno a questo grave argomento abbiamo una recente memoria della società medica svizzera, la quale provocava savie considerazioni, che convengono anche al nostro Processo (Chicherio: *Delle perizie giudiziarie,* Lugano, 1884).

942. La deposizione di un perito si risolve in una testimonianza, la quale può essere *variamente* apprezzata dal giudice.

Perciò può il giudice anche chiamare, secondo il bisogno, più periti, e, per quanto è possibile, gli oggetti debbono essere visitati ed esaminati dai periti stessi avanti al giudice.

943. *Sorgono lamenti intorno alla larga facoltà concessa nella scelta dei periti.*

Davvero noi conveniamo intorno alla necessità della scelta di persone competenti e desidereremmo anche con Orfila: che fossero i periti muniti sempre di speciale diploma; ma, avvertendo all'istantaneità del bisogno, non possiamo a meno, che apprezzare la latitudine data dalla legge.

Certo, dove è possibile la scelta, è dovere del giudice, poniamo nel caso di omicidio, di valersi di un medico o di un chirurgo; ma se questi non si trovano, è pur giusto valersi di un flebotomo o di altro qualunque, avvertendo poi che la deposizione nulla ha di *assoluto* ed è sempre subordinata al criterio del giudice.

E per questo riguardo io non posso certo far plauso alla restrizione, imposta già da alcune leggi, rispetto ai medici curanti di colui, il cui cadavere è sotto la perizia. La probità è a supporsi fino a prova contraria, e questa esclude ogni sospetto. D'altronde col medico curante altri periti si ponno citare; e può darsi anche il caso che col rifiuto del medico curante, manchi appunto colui, che solo può dar luce intorno alla causa naturale della morte.

944. Tutti poi, che per la loro arte o professione si presumono capaci, devono rispondere all'invito di perito; e (secondo le leggi universalmente vigenti, vedi *reato di spergiuro*) debbono prestare giuramento sotto condizione di nullità.

945. Quanto alle norme da seguirsi nell'istruttoria per la condotta della perizia vedi retro n. 327.

946. Qui osserviamo soltanto: che ai pubblici ufficiali, e propriamente al giudice istruttore ed al pubblico ministero, compete la direzione della perizia. Sia esercitata questa con prudenza e più ancora con cognizione della medicina legale, perchè non presuma l'ignorante di servir di guida a chi rappresenta la scienza.

Del resto la direzione deve essere *estrinseca* o *formale*, lasciandosi ai periti piena facoltà nella ricerca dei fatti.

947. È pur necessario l'intervento nella deposizione peritale, come in quella dei testimoni, dell'imputato.

Questa riforma si connette ad altra più grave, di cui parleremo più avanti: *la necessità della difesa nell'istruttoria.*

948. 4.° Svolgimento delle prove e degli indizi. Che cosa è la prova?

È quanto vale a stabilire in noi una *certezza.*

Parliamo qui di *certezza morale* (il Geyer, *Lehrbuch*, pag. 691, dice « *giuridica* », onde non si confonda colla *certezza assoluta*), in confronto alla certezza così detta *legale.* Questa si fondava sopra alcune norme prestabilite dal legislatore; era una specie di *logica ufficiale*, che si imponeva al giudice; in modo che, fatta astrazione dell'intimo convincimento, doveva questi dal valore, che la legge dava alle singole prove, derivare il giudizio della colpabilità, o dell'innocenza: era egli un assurdo proveniente dal malvezzo di tutto disciplinare e dal vanto di infallibilità, che si arrogava il dispotismo.

Tale sistema però, che lascia libero ai giudici l'apprezzamento della prova (e di vero la certezza, che è l'effetto della prova è un fatto meramente *soggettivo,* relativo cioè alla coscienza ed alla intelligenza di chi giudica), non esclude un *indirizzo legale* rispetto al modo, onde raccogliere i mezzi di prova durante l'istruzione ed esaminarli durante il giudizio; lo che costituisce il *lato formale* della prova.

Ho parlato rispetto alla prova dei due stadi di processo, in cui deve essere considerata per riuscire *completa:* l'*inquisizionale* (istruzione) e l'*accusatorio* (giudizio); perchè difatto le prove svolte in uno stadio, come sarebbero deposizioni testimoniali, documenti, confessioni, ecc., si completano nel successivo e servono, a così dire, di mutuo controllo.

949. Le norme della prova altre sono *generali* o *dettate dalla logica comune,* altre *formali* o positive, determinate dal codice.

950. *Indizi* sono = circostanze affatto estranee alla

azione criminosa, e che pure rivelano un rapporto fra la persona e il fatto criminoso stesso =.

Praticamente gli indizi ponno avere il valore di prova e produrre una *certezza morale,* ragione quindi di dirne una parola, prima ancora di trattare delle prove in ispecie; imperocchè, a chi ben avvisa, sono appunto gli indizi, che aprono naturalmente il processo e cadono sulla prima ispezione del giudice istruttore, sugli strumenti del reato, sugli oggetti della materiale esecuzione, sulle vestigia lasciate, e sopra gli effetti; lo che con termine generico, si designa nel foro colla frase *corpo del reato.*

951. Indizio (*indic-are*), secondo la etimologia, significa un modo d'induzione anzichè un argomento di prova; imperocchè da circostanze per sè estranee al crimine si rivela un rapporto col crimine stesso.

Gl'indizi *personali,* come pallore del volto, tremito, pianto, sono i più fallaci.

952. È canone primo, che qualsiasi circostanza, tanto maggiormente indizia un fatto, quanto meno altri fatti diversi da quelli può indiziare. Per questa via si determina il valore dell'indizio stesso *necessario,* sempre però relativamente e in modo indiretto. A mo' d'esempio; una donna è incinta, dunque giacque.... non si deve però conchiudere, che vi fosse stupro, incesto od adulterio, ecc., ecc. Per stabilire questi reati, è necessaria la prova specifica di quel determinato commercio, donde procede lo stupro, l'incesto o l'adulterio.

953. Fonti diretti di prova sono i *documenti,* la *confessione* e la *testimonianza.*

Documenti da *docere* sono tutte le testimonianze di fatto. Qui però intendonsi soltanto gli scritti atti a constatare il delitto ed i suoi autori. Si distinguono in *pubblici* e *privati* secondo la forza esterna ed il valore. A favore dei

documenti pubblici sta la presunzione della veridicità, mentre questa deve essere dimostrata nei privati: *da chi, quando* e *come* fu eretto un documento?....

Il documento talvolta è prova di reato, talvolta è il corpo del reato stesso o l'atto di esecuzione; come nella ribellione il *patto di cospirazione*, nella violenza la *lettera minatoria*, nella diffamazione il *libello famoso*, e va dicendo.

954. La *confessione giudiziale* è prova perchè razionalmente non si può concepire, che taluno sia mendace a suo danno; però l'esperienza ci insegna: che segreti motivi ponno condurre un imputato a confessarsi reo, e che talvolta la confessione è strappata dal *suggesto* del giudice, il quale tormenta l'imputato, supponendo certo, quanto appunto si ricerca: è questo un vero strascico della antica tortura.

Da ciò è facile il vedere: che la confessione è prova di sua natura delicatissima e molti indizi debbono concorrere, perchè a questa il giudice dia definitivo valore.

955. *Prova testimoniale.* = Testimonio è una persona degna di fede, che depone in giudizio = e sotto questo concetto generale cadono anche la *perizia* e la *confessione*.

La testimonianza si fonda sulla presunzione di veridicità, la quale regge a favore di tutti i galantuomini, e sulla presunzione, che i sensi non ingannino.

Mancando queste presunzioni, non è possibile la testimonianza; la legge quindi designa chi per mancanza di attitudine morale e fisica non può essere testimonio.

Quale limite nella scelta dei testimoni?

Il minore possibile: (cfr. Dig. 22, 5, 21, l. 3).

Qualunque persona può esaminarsi; come qualunque interessato nel processo potrebbe indicare la persona da esaminarsi; imperocchè, ciò che non vale come deposi-

zione testimoniale, può valere al giudice istruttore per *semplice schiarimento.* È questo altro dei motivi, per cui nell'istruttoria non esigono i codici attuali il giuramento, quantunque vi preceda sempre l'ammonizione, per i testimoni falsi e renitenti.

La legge dettagliatamente deve stabilire il *modo di citazione* e di *esame,* aggiungendo le relative sanzioni.

956. 5.° MANDATO DI COMPARIZIONE E CATTURA. *Mandato di comparizione* = è l'ingiunzione fatta all'imputato di presentarsi avanti al giudice incaricato dell'istruzione, per essere interrogato sull'imputazione ascrittagli =; nel caso di disobbedienza, il giudice emette *mandato di cattura,* cioè = l'ordine di procedere all'arresto dell'imputato. =

L'*arresto* si risolve in una anticipazione di pena; importa dunque che avvenga questo soltanto nei casi di *estrema necessità;* e da ciò nacque l'istituto della *libertà provvisoria,* mediante il quale = taluno può essere liberato dalla cattura, a condizione di presentarsi ad ogni ordine del potere giudiziario e dietro cauzione =.

La massima è: che *il processo* sia *a piede libero,* l'eccezione sia *la cattura;* e ciò con ragione, perchè *quisque censetur probus, donec probetur reus.*

È bene poi avvertire: che anche dove si stabiliscono queste eccezioni, la legge deve usare la voce *potrà;* di guisa che la conversione in questi casi del mandato di comparizione in quello di cattura, non sia obbligatoria, ma *facoltativa.*

La *cauzione* nel caso di libertà provvisoria può essere data dall'imputato, o da un terzo, e dove gl'imputati siano poveri debbono essere dispensati, se risultino a loro risguardo buone informazioni.

La domanda può essere fatta dall'imputato anche per mezzo di un difensore o di un avvocato.

Accordandosi poi la libertà provvisoria, ove le circostanze lo esigono, si può ordinare all'imputato, che si tenga lontano da un determinato luogo, o che abiti in un designato Comune sotto la giurisdizione del giudice istruttore.

957. 6.° Interrogatorio dell' imputato, ricognizioni e confronti. — 1.° *Interrogatorio dell'imputato.* L'imputato arrestato in flagrante o per mandato dell' autorità competente, deve essere *prontamente* interrogato.

Il giudice deve guardarsi dalle domande *suggestive* ed avvertir bene: che il suo scopo è soltanto la ricerca delle verità, non la scoperta di un reo ad ogni modo; quindi l' imputato deve essere *espressamente* invitato a dichiarare, se e quali prove abbia a suo scarico.

Diritto di difesa durante l'istruzione preparatoria.

Questa tesi ormai può dirsi affermativamente risolta dalla scienza, come fu del resto sempre in Inghilterra (cfr. le belle parole di Elliot, *Criminal process,* pag. 50); e lo è ora pur definitivamente sancita in Germania (cfr. Cod. proc. pen., § 137. 190, 2. 191).

In Italia concorsero specialmente a questa soluzione Carrara (*Progresso e regresso del giure penale nel Regno d'Italia,* Lucca, 1873), Lucchini (*Il carcere preventivo,* ecc. - *Processo penale.... Appunti critici,* Verona, 1873. - *Rivista penale* passim), Casorati (Op. cit. e *Sunto di studi sopra la procedura penale,* Milano, 1873); ma sopra tutti Cesarini, i cui due splendidi discorsi di *inaugurazione* (Lucca, 1873-74) ci hanno persuasi: che la parola del pubblico ministero all' apertura d'ogni anno giudiziario, non che « vaniloquio spagnolesco » (come si ripete da taluno), può riuscire di grande utilità e impulso alla scienza, offrendo a questa i dati della esperienza, da cui solo ponno attendere soluzione le quistioni pratiche di diritto.

E di fatto fu questa la via sapientemente seguita dal

Cesarini, posando la sua tesi sulle osservazioni emergenti da prospetti statistici, « allo scopo di rendere più breve la durata di detenzione preventiva, di togliere di mezzo ogni ritardo nelle procedure, di abbreviare e semplificare i dibattimenti, di fare in una parola più pronta, celere, sicura e meno dispendiosa l'amministrazione della giustizia » (*Disc.* 1874, pag. 19).

Questi argomenti ci fanno senz'altro accettare il diritto di difesa durante l'istruttoria.

2.° La *ricognizione* avviene, quando = non potendosi determinare la persona dell'imputato se non per connotati, si confonda questa con altre, che vi abbiano una rassomiglianza, e si inviti il denunciante a riconoscerla, sia in silenzio, che volgendo la parola, secondo la facoltà del giudice =.

3.° = Il *confronto* è provocato, quando due persone espongono la stessa cosa in modo contrario, e l'incompatibilità non sa attribuirsi ad altro, che alla menzogna di uno di loro =.

958. 7.° Compimento dell'istruzione. Il primo stadio del processo od istruttoria si chiude con una sentenza od *ordinanza definitiva,* la quale, dietro motivazione di fatto o di diritto, *ordina* l'assoluzione od il rinvio al giudizio.

Questa sentenza deve essere preceduta dalla requisitoria dell'accusatore o pubblico ministero.

È *assolutoria* la sentenza in questi tre casi: *a*) se il fatto non è reato; *b*) se l'azione penale è estinta; *c)* se le prove o gli indizi non sono sufficienti; in caso diverso, quando cioè constatato è il reato, vigente l'azione e sufficienti le prove, abbiamo il *rinvio: a*) alla *sezione di accusa*, se il titolo del reato compete alle *Corti d'Assisie; b)* al *Tribunale correzionale,* od al *Pretore* ed anche ad una competenza speciale, come tribunale militare, se il reato a queste giurisdizioni appartenga.

La sentenza assolutoria potrebbe essere impugnata dalla parte civile o dal pubblico ministero; quella di rinvio soltanto dal pubblico ministero.

Se non v'ha opposizione, o se questa è respinta, l'ordinanza acquisterebbe il valore di giudicato assolutorio, e l'imputato verrebbe assolto *definitivamente*, meno il caso che la assoluzione fosse stata data per mancanza d'indizi e fossero sopravvenuti nuovi indizi o nuove prove.

Giudice dell'opposizione, contro l'ordinanza, sarebbe la *Sezione di accusa.*

Questa costituirebbe altresì lo stato intermedio fra l'istruttoria ed il giudizio; imperocchè mentre esamina gli atti dell'istruttoria, e giudica come Corte d'Appello contro le ordinanze della Camera di Consiglio o del giudice istruttore, emana anche una sentenza di assoluzione o di rinvio; la quale sentenza, se non ha il carattere di giudizio, non essendovi oralità e pubblicità, vi partecipa però in parte, essendo data con una specie di contraddittorio dell'imputato, il quale avrebbe diritto all'ispezione degli atti depositati nella segreteria della sezione di accusa.

CAPITOLO QUARTO.

ISTRUZIONE PREPARATORIA SECONDO IL DIRITTO ROMANO.

—

Argomento.

959. Diritto romano: ufficiali della istruzione. — 960. Della testimonianza. — 961. Delle altre prove. — 962. La prova per intimo convincimento. — 963. Della tortura.

959. Quale organo speciale destinato all'istruzione del processo ci appaiono ab immemorabili i « *quæstores parricidii* » per l'omicidio. Nel 465 vengono costituiti i *tres*

uiri capitales o *tres uiri nocturni,* che devono *arrestare* gli imputati, rinchiuderli, ove sia d'uopo, in *carcere preventivo,* e *istruirne il processo.* Nei giudizî *comiziali* e nelle *quæstiones publicæ* l'istruzione spettava all'accusatore, al quale venivano dati mezzi speciali. Troviamo p. e. CICERONE, che con speciali lettere del Pretore si reca in Sicilia, per raccogliere carte e indizî contro Verre, che egli intendeva accusare. Egli conduce a Roma numerosi testimonii; coordina prima tutta la tela del processo e si presenta così formidabilmente apparecchiato nella *quæstio.* Per la *extraordinaria cognitio,* che prevale sotto l'impero, l'istruzione spettava a chi era investito della relativa *iurisdictio* « cui iurisdictio data est, ea quoque concessa uidentur, *sine quibus iurisdictio explicari non potest* » (D. 2, 1, 2). Il magistrato era coadiuvato in questa funzione da un numeroso personale di polizia « *irenarchi, curiosi,* ecc., ecc.

Stava in facoltà del giudice il decidere se la persona del reo dovesse mettersi in carcere preventivo o sotto guardia, o lasciarsi a piede libero con o senza cauzione (D. 48, 3, 1). In generale però valeva la regola: « non esse in uincula coiciendum eum, qui fideiussores dare paratus sit » (fr. 3 eod.). Il fideiussore poi, che avesse favorita la fuga del reo, oltre la perdita della cauzione, veniva punito *extra ordinem* (fr. 4 cod.). Essenzialmente nulla v'ha di nuovo anche nell'attuale *libertà provvisoria!*

In quanto poi agl'imputati arrestati dai *curiosi* o dagli *irenarchi,* venivano essi anzitutto sottoposti ad un esame di questi ufficiali di polizia, che stendevano una specie di istruttoria (elogium). « Irenarcha — così l'*editto di Antonino,* fr. 6, 1 eod., — cum adprehenderint latrones, interrogent eos de sociis et receptatoribus et interrogationes litteris inclusas atque obsignatas ad cognitionem magistratus mittant ». Severe pene erano minacciate a quegli

irenarchi, che avessero in mala fede fatta un'istruttoria non esatta. Così, quando chi aveva commesso un delitto in una provincia veniva arrestato in un'altra, il capo di questa soleva rimandarlo al *forum patrati criminis*, col suo *elogium,* dopo la sua istruttoria.

960. L'importanza de' *testimoni* era naturalmente massima. Finchè durò l'*ordo iudiciorum* spettava all'accusatore raccogliere le testimonianze: egli produceva poi in giudizio o i testimoni stessi o le loro testimonianze scritte e suggellate. Pe' singoli processi era anche (almeno per le *quæstiones publicæ*) determinato il massimo numero che si poteva produrre. — L'obbligo di prestare testimonio fu riconosciuto nel diritto romano (cf. Cod. 4, 20, 1, pr. 16, 21): e appunto per questo si prescrisse al giudice nella *extraordinaria cognitio* di determinare volta a volta quanti testi bisognasse produrre, per non disturbare troppe persone (l. 1, 2 eod.): erano anche sancite norme, per la loro sollecita audizione e pronto rimando.

Nel periodo imperiale si forma la massima, che un solo testimonio non basti a provare e questa massima si converte nel 3.° secolo in legge (cf. C. 4, 20, 4 e 1, 9, § 1 eod.).

961. In quanto alle prove, dice benissimo il professor GEYER (*Lehrbuch,* pag. 696): che al diritto romano spetta la gloria di avere già fin dai tempi della sua infanzia compreso rettamente i principii regolatori di questa materia. Una sola eccezione è quella che risguarda la *confessione del reo:* a questa si dà, almeno fino al tempo delle questioni pubbliche, fede illimitata: e, se la confessione è data dal reo durante l'istruttoria, non si procede nemmeno al vero giudizio. Lo stesso A. cerca di spiegare questo fatto colla mancanza di esperienza de' fenomeni psicologici: è certo a ogni modo: che i giureconsulti dell'impero intravvidero la dottrina più corretta (cfr. Paul in D. 42, 2, 8 e specialmente Ulp. in D. 48, 18, 1, 17)

diuus Seuerus rescripsit *confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere.*
e lo stesso ibid. § 27:

si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnunquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confitentur.

962. È poi strano, come gli antichi criminalisti andassero a cercare nel diritto romano le norme per le *prove legali,* mentre il diritto romano propugna la regola: che la persuasione del giudice non deve dipendere da prescrizioni legali, ma da coscienzioso esame de' materiali. Specialmente Adriano ha definito questo concetto in una costituzione, che per la sua alta importanza è bene trascrivere. Cod. 4, 20, 3, 2:

« Quæ argumente ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, *nullo certo modo* satis definiri potest... hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique *ad unam probationis speciem* statim alligari debere, sed *ex sententia animi tui* æstimare te oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opineris ».

963. Una macchia della procedura romana è la *tortura.* Introdotta in origine (forse per influenza del diritto greco) solo per gli schiavi, si applicò sotto l'impero anche ai cittadini *humiliores* e a tutti indistintamente nei reati di lesa maestà. Prima però di procedere alla tortura degli imputati, occorreva che vi fosse o un'accusa fededegna colla relativa subscriptio, o almeno gravissimi indizi. Dacchè come Paolo dice (D. 48, 18, 22):

qui sine accusatoribus in custodiam (carcere preventivo) recepti sunt, quæstio de his habenda non est, nisi si aliquibus suspicionibus urgueantur.

TRATTATO QUARTO.

GIUDIZIO.

—

Argomento.

964. Programma di questo trattato.

964. Distinguiamo in questo trattato: 1.° le *disposizioni generali,* che si convengono indistintamente a tutti i giudizi; 2.° le *disposizioni speciali alle singole giurisdizioni*, procedendo avanti, per le ragioni suesposte (844-5), secondo l'ideale, a cui è informato il nostro Codice di procedura; 3.° diritto romano.

CAPITOLO PRIMO.

DISPOSIZIONI GENERALI.

—

BIBLIOGRAFIA.

Stübel, *Das Criminalverfahren in deutschen Gerichten* (Il giudizio criminale ne' tribunali tedeschi) 1811. — Henke, *Darstellung des gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen* (Esposizione del giudizio penale). 1817. — Ma sopratutto va citato come classico in questa materia lo Zachariae, *Handbuch des Strafprozesses* (Manuale del processo penale): vol. II:

« Strafverfahren » (giudizio penale): p. 1 sq. al quale si riferisce anche il GEYER, *Handbuch*, p. 444 sq. — FUCHS, nell'*Handbuch* di HOLTZENDORFF, II, 59 sq. — PLANK, *System, etc.* (v. citato sopra), p. 339 sq.

ARGOMENTO.

965. Oggetto di questo Capitolo. — 966. Carattere del giudizio: *Udienze:* pubblicità di queste. — 967. Perchè non è ammessa la pubblicità nella istruttoria. — 968. *Giudici:* unicità e pluralità dei giudici nei diversi gradi di giurisdizione. — 969. *Difensore.* — 970. Ordine della discussione. — 971. *Stesa dei verbali.* — 972. Quando debbono essere fatti. — 973. *Quid se vi ha discordanza fra il cancelliere ed il presidente nella constatazione del fatto?* — 974. *Sentenza.*

965. Le disposizioni generali si riferiscono: 1.° ai caratteri del giudizio; 2.° giudici; 3.° difensori; 4.° discussione; 5.° verbali dei dibattimenti; 6.° sentenza.

966. § 1.° CARATTERI DEL GIUDIZIO. Compiuta l'istruzione preparatoria, mediante *sentenza* od *ordinanza d'invio*, l'imputato è tradotto avanti al giudice competente.

Caratteri del giudizio sono: *a) pubblicità; b) oralità; c)* chiusura con *sentenza* di colpabilità, d'innocenza, o non *farsi luogo* a *procedimento*, e di rinvio; *d*) fondata questa sopra prove, che stabiliscono l'*intimo convincimento; e)* in *contraddittorio* coll'imputato; *f*) con un *difensore.*

Udienze. Sono queste *pubbliche* sotto pena di nullità. Quando però vi sia pericolo di scandalo morale o turbamento dell'ordine sociale, allora dietro *ordinanza* pronunciata in pubblica udienza, è fatto il dibattimento a porte chiuse.

La *pubblicità* del processo include quella di stampa; per le cause di diffamazioni ed ingiurie, vi debbono essere, come nella nostra legge (Ed. 1848, art. 10 e 11), speciali restrizioni.

La pubblicità è una logica conseguenza dell'*oralità;* ep-

però come deve essere la pubblicità della stampa ammessa nei giudizi, così deve essere proibita nel processo scritto e nell'istruttoria.

967. Questa proibizione non è solo una guarentigia per la condotta regolare del processo scritto, per la sacra indipendenza dell'*azione* e del giudice istruttore; ma è ancora una salvaguardia della fama cittadina; imperocchè i *sospetti dell'accusa*, quando siano fatti di pubblica ragione, offendono gravemente l'imputato e lo pongono anzi tempo alla berlina.

La guerra, che si move a questa norma, procede dall'intemperanza della stampa giornaliera (intollerante d'ogni freno, per solleticare pravi istinti con turpi novelle), contro la quale debbono lottare a tutela della fama cittadina i rappresentanti della società o il pubblico ministero. — Badino questi al loro delicato ufficio! Nè vale opporre contro il rigore della legge, che altrove l'istruttoria è pubblica; perchè resta a vedersi se ciò *sia bene*, e quando lo fosse, si esigerebbe altra forma processuale, che non quella sancita dai codici in Italia, in Francia e in Germania. Il sistema anglo-americano non segna un progresso (come abbiamo dimostrato nel *Nihilismo in fine*) nel procédimento penale!

968. § 2. Giudici. Il numero dei giudici sarebbe determinato dall'*ordinamento giudiziario*.

Unicità e pluralità dei giudici nei diversi gradi di giurisdizione.

È questione gravissima riproposta nel *Congresso giuridico internazionale italiano del 1880;* dacchè non pareva abbastanza soddisfatta la soluzione data nel primo Congresso tenuto a Roma.

Le conclusioni del relatore Caroselli (*Atti del Congresso*, pag. 29 e pag. XXXIII) apparvero oltre misura e dietro

proposta del Presidente si restrinse la discussione alla prima conclusione: « il principio della *collegialità* deve essere mantenuto nelle odierne condizioni sociali ».

Dietro discussione, si accettava il *principio generale della collegialità,* avvertendo: che il *giudice unico* potesse ammettersi anche in penale, quando fosse adottato il *giurì correzionale;* e si concluse ad unanimità: « l'istituzione del *giudice singolare* nei giudizi criminali, sopprimendo i due giudici collaterali, che siedono nelle Corti d'Assisie; osservando che tale istituzione potrebbe del pari adottarsi per i giudizi correzionali, laddove fosse istituito il *giurì locale.* »

Questa conclusione parrebbe distruggere la prima proposta; poichè la *singolarità* diverrebbe la regola, la *collegialità* sarebbe l'eccezione.

A togliere questa antinomia giovi osservare: che i giudici popolari quantunque non togati, sono realmente giudici; e quindi in tal caso avremmo la *collegialità* nella Assisie anche col solo presidente togato ; nei Tribunali correzionali, sopprimendo pure i due giudici collaterali, ma coll'introduzione dei giurati; e perfino avanti le preture, quando, seguendo il sistema germanico e di parte della Svizzera, a lato del pretore assistessero due giudici giurati scelti fra la rappresentanza comunale. Così la *collegialità di giudice misto* sarebbe ridotta ad unico sistema.

Del resto non si può in modo assoluto sostenere l'unicità o la pluralità dei giudici. Argomenti sodi sostengono le due opinioni.

La responsabilità vera è data dal giudice *unico;* ma d'altronde solo nella causa discussa fra più persone può spiccare lucidamente la verità. Seguiamo quindi il sistema ecclettico, l'unicità nel giudizio inferiore, la collegialità

negli altri. Siccome poi questa collegialità sussiste coll'intervento dei giurati; così parmi che si possano abolire i due giudici collaterali nelle Assisie e lasciarvi il solo presidente con lievi modificazioni relative al suo potere discrezionale.

Quanto poi alla rappresentanza dei giudici popolari sia presso il pretore, che presso il Tribunale, osservo: che incontrava essa gravissima opposizione, dove pure era radicata nelle tradizioni locali e fondata sull'indole speciale della popolazione, in Italia poi non sarebbe accolta favorevolmente; dacchè il nostro paese a stento si acquieta, e non a torto, alla istituzione dei giurati per i giudizi avanti alla Corte d'Assisie. Checchè ne sia, ammesso l'istituto dei giurati, per ragione di equità, non si dovrebbe far distinzione di reati (V. avanti il nostro *avviso C. 2 in prin.*).

969. § 3. Difensori. È questo secondo la nostra legge necessario; ed in relazione all'importanza della causa dovrebbe avere la qualifica di *avvocato* o di *procuratore*. Noi crediamo invece: che in regola generale, come è nel Codice germanico, l'imputato possa difendersi da sè stesso, senza speciale patrocinio. Avanti alla chiusura del dibattimento, il presidente deve chiedere all'imputato: se non abbia ancora qualche cosa da aggiungere in sua difesa; perchè nulla sia ommesso nella arringa, che possa giovare all'imputato stesso.

Se più sono gli accusati?

L'ordine della difesa è stabilito dal Presidente, ed i difensori ponno accordarsi sulla distribuzione delle parti.

Se trasmoda la difesa?

Tocca al presidente rattenerla su giusta a.

Importa però avvertire: che i semplici difetti dell'oratore ed anche la prolissità non sono mai giusta ragione, per

imporre freno alla parola. Questa deve essere moderata, quando devii sensibilmente dall'argomento, e si dia luogo a scandali e a rumorose dimostrazioni, offendendo la fama altrui, falsando il concetto morale, giustificando atti di sua natura riprovevoli e fomentando popolari passioni.

È dovere del presidente, per quanto l'ordine e la dignità del dibattimento lo permettano, riservare le sue osservazioni dopo l'arringa, rettificando nel *riassunto* le asserzioni offensive alla libertà ed alla pubblica coscienza.

970. § 4. Discussione. *Ordine della discussione.*

1.° Il presidente domanda dapprima sulle *generalità,* quindi volge all'imputato *speciale interrogatorio* sopra i fatti soggetti d'accusa.

2.° Il cancelliere dà lettura dei *rapporti* e *verbali* relativi alla causa.

3.° Audizione dei testimoni e periti.

4.° I giudici pronunciano motivate ordinanze su tutte le questioni incidentali suscitate dal P. M. o dalle parti.

5.° Le istanze dell'imputato sono proposte ordinariamente dal difensore.

6.° Ammissione degli interpreti ove abbisogni.

7.° Presentazione dei documenti alle parti.

8.° Al chiudersi del giorno, avviso alle parti ed ai testimoni della continuazione del dibattimento nella successiva udienza.

9.° Conclusione della parte civile.

10.° Requisitoria.

11.° Difesa.

12.° Replica del P. M. e della parte civile.

13.° L'imputato od accusato ed il suo difensore abbiano sempre gli ultimi la parola.

14.° Il presidente può fare ritirare l'imputato, ma non può riprendere il dibattimento, se prima non è informato

l'imputato di tutto ciò, che si disse e si fece nella sua assenza.

971. § 5. VERBALI DEI DIBATTIMENTI. Il cancelliere stende il verbale del dibattimento, le cui forme e contenuto sono: la *data*, *nome* e *cognome* delle parti componenti il giudizio, generalità dei *testimonj*, *interpreti*, *periti*, e *giuramento* prestato, ogni sorta di *inchiesta* del P. M., dell'imputato, della parte civile, *ordinanze* emanate nel corso del dibattimento: il verbale è sottoscritto dal presidente e dal cancelliere.

Questa = dichiarazione solenne, che fa un pubblico ufficiale di ciò, di cui fu egli testimonio per ragione del proprio ufficio =, è importantisssima; perchè è l'unica prova, che si sieno seguite tutte le formalità legali: su questa fonda la Cassazione la sua Sentenza e di questa si vale l'Appello a risparmio della citazione dei testi.

972. *Se i verbali dei dibattimenti debbono essere redatti e chiusi al chiudersi del dibattimento stesso?*

Non ostante il fatto contrario, noi seguiamo l'affermativa; perchè come indica la parola *verbale*, deve essere questo la fedele riproduzione o fotografia del dibattimento stesso, lo che avviene appunto quando tenga dietro mano mano alla discussione e con questa si chiuda.

Riconosco la difficoltà di redigere, seduta stante, i verbali; ma per superare questa difficoltà, il sistema di riservare fuori del dibattimento le correzioni del verbale stesso, pone a grave pericolo la fede di questo documento: meglio svarioni ed errori di forma, che correzioni importune e talvolta sospette.

973. *Quid se vi ha discordanza fra il cancelliere e il presidente nella constatazione del fatto?*

Quantunque sia maggiore l'autorità del presidente e su lui cada la responsabilità della condotta di tutto il dibat-

timento; pure non dubito affermare, che si debba dare la preferenza al cancelliere, su cui cade l'esclusiva responsabilità. Si badi bene che il presidente, essendo di questo parte integrante, anzi prima parte del giudizio stesso, nel caso di conflitto, verrebbe a risolvere egli stesso una questione, che personalmente lo riguardi.

974. § 6. Sentenza. Deve essere la sentenza pronunciata *immediatamente* al termine del dibattimento sotto pena di nullità; e ciò perchè i giudici abbiano a giudicare sotto l'impressione avuta; ed il pubblico parta dall'aula della giustizia colla convinzione: *che al reato tien dietro la pena, all'innocenza la libertà.*

Il P. M. ed il cancelliere non assistono alla deliberazione dei giudici; perchè meglio sia assicurata l'indipendenza e libertà del giudizio definitivo.

CAPITOLO SECONDO.

GIUDIZI SINGOLARI.

—

BIBLIOGRAFIA.

Cubain, *Traité de la procédure devant les cours d'assises.* 1851. — Anspach, *De la procédure devant les cours d'assises.* 1856.— Ferrère, *Manuel des cours d'assises.* 1861. — Beudant, *De l'indication de la loi pénale dans la discussion devant le jury.* 1861. — Bigorie de Laschamps, *Du jury en matière criminelle.* 1855. — Phillips, *On the Powers and Duties of Juries* (Diritti e doveri de' giurati). 1815 (francese per Comte 1819). — Tittmann, *Die Stellung der Geschwornen zu den rechtsgelehrten Richtern nach Anleitung des englischen Rechtes geprüft* (Posizione de' giurati di fronte a' giudici giureconsulti esaminata dietro la scorta del diritto inglese). 1849. — Mittermaier, *Erfahrung über die Wirksamkeit Schwurgerichte* (Esperienza sulla attività delle giurie). 1865. — Biener,

Das englische Geschwornengericht (La giurìa inglese). 3 vol. 1852–55. — HEINZE, *Parallelen zwischen der englischen Jury u. dem französisch-deutschen Geschwornengericht* (Parallelo fra la giurìa inglese e le corti d'assisi tedesche e francesi). 1864. — FAZY-PASTEUR, *Avantages du Jury.* 1838. — KRAUSE, *Die deutschen Geschwornengerichte* (I giudizii dei giurati tedeschi). 1843. — RINTEL, *Von der Jury* (Sulla giurìa). 1844. — ID. *Beiträge zur Würdigung der französischen Jury* (Contributo all'esame della giurìa di Francia). 1865. — STEMANN, *Die Jury in Strafsachen* (La giurìa in materia penale). 1847. — KÖSTLIN, *Das Geschwornengericht* (La corte d'assisie). 1849. — GNEIST, *Bildung der Geschwornengerichte* (Formazione de' giudizii de' giurati. 1849. — ZACKE, *Fragestellung und Wahrsprüche in den preussischen Schwurgerichten* (Quesiti e verdetti nelle corti d'assisie prussiane). 1867. — MEYER, *That–und Rechtsfrage im Geschwornengericht* (Questione di fatto e di diritto avanti i giurati). 1860. — GLASER, *Die Fragessellung im Schwürgerichts verfahren* (I quesiti ne' processi avanti i giurati). 1864 (anche ristampato nelle « *Schwurgerichtliche Erörterungen* » « Osservazioni relative alla giurìa » dello stesso. 1875). — V. BAR, *Recht und Beweis im Geschwornengericht.* 1865 (Diritto e prova ne' processi avanti i giurati). — GIULIANI, *Discorso sui giurati.* 2.ª ed. 1869. — PISANELLI, *Sulla istituzione de' giurati.* 1856. — GABELLI, *I giurati nel nuovo regno.* 1864. — PIZZAMIGLIO, *De' giurati in Italia.* 1872. (Su questo argomento cfr. le monografie di ELLERO, 1862; GALASSI, 1873; BORTOLUCCI, 1874; SALA, 1875; CRIVELLARI, 1872). — GANDINUS, *Quid sit agendum reo absente et contumace?* — MEYER, *Das Strafverfahren gegen Abwesende* (Processo penale contro gli assenti). 1869. — ID., nell'*Handbuch* di HOLTZENDORFF, II, 219. — HÉLIE, vol. 3, pag. 719 sq. — FRIEDRICH, *Ueber die Rechtsmittel im französischen Strafverfahren* (Sui correttivi nel processo penale francese). 1848. — WALTHER, *Die Rechtsmittel im Strafverfahren* (I rimedii nel processo penale). Iª parte, 1853; IIª parte, 1855. — V. KRIES, *Die Rechtsmittel* (I correttivi). 1880. — HÉLIE, III, 167 sq. 279 sq. 725 sq. II, 600 sq. — SEUFFERT, *Ueber die reformatio in peius* (Sulla riforma in peggio). 1861. — (E su questo argomento GOLTDAMMER nel suo *Archivio*, 1856, p. 69 sq. 1860, p. 314 sq.).

ARGOMENTO.

975. Varietà di giurisdizione. — 976. Giudizii ordinarii: *pretore, tribunale, corte d'assisie.* — 977. Come questa distinzione possa essere

ARTICOLO PRIMO.

VARIE GIURISDIZIONI — NORME FONDAMENTALI PER LA DISTINZIONE E GOVERNO DI QUESTE.

975. Come nel diritto civile, così nel penale, secondo l'importanza della causa, si hanno diverse giurisdizioni, ed anche forme diverse di procedimento: noi consideriamo queste varie forme secondo le norme comuni e fondamentali (art. 1.°); nei giudizii ordinarii (art. 2.° e 3.°); contro gli assenti (art. 4.°); e dopo la sentenza (art. 5.°).

976. In generale *tre* sono le specie del *giudizio ordinario;* così da noi: *pretore, tribunale correzionale, corte d'assisie.*

977. Si può pure ritenere razionalmente questa distinzione; ma in un *significato* ben diverso di quello, che le è dato dalla nostra legge.

Se volessimo giustificare appieno questo significato var-

cheremmo i confini imposti al penalista; imperocchè sarebbe questo argomento di *diritto* ed *ordinamento giudiziario;* e saremmo obbligati ad allargare la dimostrazione intorno ad alcuni principii già propugnati in queste *Istituzioni*, dai quali trae ragione la riforma proposta.

978. Di questi principii basti ora il richiamo della *distinzione assoluta di reato da contravvenzione;* e quindi per logica conseguenza: separazione anche del giudizio relativo.

Certo vi ha grande omogeneità di materia; ma ciò non toglie la natura affatto diversa della *giustizia preventiva* e *repressiva;* per cui come è distinta la *scienza di polizia* e di buon governo dal *diritto penale;* così lo devono essere i *codici* e le *forme del giudizio.*

979. La separazione di *reato* da *contravvenzione*, che si effettua nel giudizio, deve manifestarsi fino dal primo passo del procedimento, cioè dalla *azione.*

Già sopra abbiamo avvertito: come tre sistemi si propongono, il *popolare*, quello della *parte offesa* e l'*ufficiale;* e noi non abbiamo dubitato sulle generali di seguire il terzo sistema, evitando, con speciali cautele, ciò che è detto con frase scultoria, *monopolio del P. M.*

Qui trattando di contravvenzione, cioè non già di una *lesione di diritto*, ma di un *semplice pericolo*, il cui valore può essere solo determinato dai consociati, crediamo: che si debba lasciare ampia facoltà ai cittadini di aprire l'azione, intervenendo in via suppletoria soltanto la *polizia giudiziaria.*

Questo sistema sostituisce la giuria, perciò che l'elemento popolare entra già nell'iniziativa del processo; e risponde per eccellenza alle tradizioni romane: *actiones populares*, che trovano oggidì un singolare accordo in alcune istituzioni inglesi (Bruns, *Popularklagen*, in f.). — Tanto pel

diritto romano, che per l'inglese tutta o in parte la *multa* va a profitto dell'accusatore, il quale pertanto viene ad agire in proprio interesse. — In *Parlamento* fu proposta la introduzione delle azioni popolari per le *cause pie:* mi sembra poi accettabile la proposta del LANDUCCI di introdurla per le contravvenzioni alla legge sulla caccia e la pesca (cfr. *Archiv. giurid.*, vol. 29).

980. Distinto il giudizio penale da quello di polizia, altra norma si impone nei varii giudizii, che cioè vi sia *relativa eguaglianza (perequazione giudiziaria).*

Chi non avvisa presso noi ai ripugnanti giudicati dei *tribunali* e delle *corti d'assisie.* Testè fu Milano scandolezzata dalla assoluzione di ladri truffatori di milioni, dietro il *verdetto* di giurati, e dalla contemporanea condanna di una povera donna a tre anni di carcere per lieve furto di campagna, con *sentenza* del tribunale.

O abolite la giuria o estendetela indistintamente a tutti i reati; ma non stabilite un iniquo privilegio a vantaggio della maggiore delinquenza!

981. Data la giuria per i reati (sotto forma diversa, secondo l'entità di questi), procede naturale l'*inappellabilità del giudizio;* e come rimedio possibile il *ricorso in cassazione* e la *revisione.*

982. Finalmente sia completa l'esecuzione della legge penale; e quindi la *giuria venga subordinata alla legge e a chi la rappresenta.*

Questi sono i *principii moderatori* dei singoli giudizii, dei quali, dove non sia retro la dimostrazione, renderemo ragione più avanti nella spiegazione dei giudizii stessi.

ARTICOLO SECONDO.

CAUSE AVANTI AL PRETORE.

983. Siamo obbligati a trattare questo argomento non solo per affinità della materia; ma ancora per meglio distinguere le giurisdizioni confuse dalla legge attuale.

Secondo questa molte *contravvenzioni* si danno, le qual nel codice hanno il carattere di *reato*, come *ritenzione* e *porto d'armi*, *oziosità* e *vagabondaggio*, *questua*, *esercizio illecito di arti e mestieri*, *contravvenzioni alla pubblica moralità e tranquillità*, *turbamento di diritti privati*, ecc.

Il giudizio di questi atti non deve cadere sotto la magistratura giudiziaria; ma sotto un giudice, che rappresenti l'*ufficio paterno della correzione*, comunque lo si voglia chiamare (V. n. 979 e 1000).

984. Il giudizio avanti il pretore avrebbe di comune col giudizio penale la *pubblicità*, l'*oralità* e la *decisione* per *intimo convincimento;* differirebbe in ciò, che avanti il pretore il giudizio sarebbe *singolare*, avanti il tribunale correzionale e le corti di assisie sarebbe *collegiale*, mercè l'intervento dei giudici popolari.

985. Due guarentigie speciali vi sarebbero per questi giudizii: la *motivazione dei giudicati* e il *duplice grado di giurisdizione*.

986. Ciò che più importa prestabilire, è l'oggetto del giudizio o la *contravvenzione*.

Noi, a mo' d'esempio, attualmente, oltre il *codice penale*, libro III, e la *legge di pubblica sicurezza 20 marzo 1865* e *6 luglio 1861*, abbiamo molte altre disposizioni sparse nelle varie leggi, le quali appunto, perchè sparpagliate,

si presentano vaghe, arbitrarie e talvolta contraddittorie. Importa dunque armonicamente raccogliere in un *codice* (di *polizia punitiva*) tutte le contravvenzioni, a cui, come avviene nel *codice per l'esercito e la marina*, siano aggiunte le norme di procedura.

E tanto basti intorno a questo singolare giudizio, che è soltanto *affine* al diritto penale e *razionalmente* (come è delle contravvenzioni) punto appartiene alla nostra scienza.

ARTICOLO TERZO.

TRIBUNALE CORREZIONALE E CORTE D'ASSISIE.

987. Tratteremo dei rapporti e delle differenze di questi due giudizii (§ 1), quindi della competenza speciale delle due autorità giudicanti, *giurìa* (§ 2) e *presidente* (§ 3), *conchiudendo* l'accordo dei due elementi, *fatto* e *diritto* (§ 4).

988. § 1. Rapporti e differenze fra i due giudizii. La parità di trattamento negli imputati obbliga alla *uniformità di giudizio;* per cui data pure la distinzione dei tribunali e delle corti, riteniamo per entrambi le stesse *solennità essenziali: giurati* ed *inappellabilità*.

La differenza procede solo dalla *quantità* del delitto; e potrebbe influire sugli atti: *a) precedenti il giudizio* e *b) sulla costituzione della giurìa*.

a) Avanti alle corti di assisie sarà sempre necessaria non solo l'istruzione delle prove, ma ancora la *sottoposizione* ad accusa o una sentenza preliminare della sezione di accusa (di cui retro), la quale rinvia l'accusato alla corte di assisie.

Avanti ai tribunali invece non si procede a giudizii preliminari di accusa; ma, dietro l'invito della giurisdizione ordinatoria, ed anche, dove manchi l'istruttoria, con *citazione diretta*, si apre il processo, sempre però sotto responsabilità del pubblico accusatore.

Così il giudizio avanti alle assisie sarà sempre preceduto da una *istruzione suppletoria* sommariamente fatta dal presidente a reintegrazione dell'istruzione ordinaria e per meglio garantire l'efficacia dell'accusa.

In questa istruzione suppletoria tutto dipende dal *potere discrezionale* del presidente. Questo potere non può essere esattamente definito e si riferisce = alla facoltà di fare tutto, che non è previsto o proibito dalla legge, secondo sua coscienza od onore =. Tre oggetti speciali potrebbe determinare la legge in proposito: *a*) chiamare ed esaminare qualsiasi persona; *b*) farsi recare qualunque nuovo documento; *c*) rigettare quei mezzi, che fossero proposti dalle parti allo scopo di confondere o prolungare il dibattimento.

Il potere discrezionale è affatto *personale;* non può quindi il presidente nè espressamente nè tacitamente rinunciarvi; ne è lecita la delegazione, se non nei casi preveduti dalla legge.

b) Altra differenza sarebbe relativa alla *formazione dei giurati.*

Presso di noi, per semplificare l'amministrazione, si potrebbe far capo anche ad una sola legge (quale la vigente del 1874): *a)* per la formazione delle *liste permanenti; b)* per la *sortizione del giurì di sezione; c)* per la *sortizione del giurì della causa*, avvertendo soltanto che *locali* e in minor numero sieno i giurati avanti al tribunale in confronto alle corti d'assisie, i riducendosi a tre o a cinque giudici di fatto del tribunale con un giudice togato presidente.

= L'intervento di nuovi giurati, si oppone, può essere causa di gravi spese =; sia, ma compensa largamente il risparmio dei due giudici collaterali e dell'appello.

989. § 2. Giurìa. L'investigazione scientifica sopra questo istituto ed il suo singolare organamento spetta al diritto *costituzionale* ed al *diritto giudiziario:* noi studiamo solo la competenza o il *valore* del giudizio stesso.

Chi giudica attende all'applicazione della legge e nel diritto penale alla *letterale esecuzione* di questa; or bene, io non so persuadermi che, postergata la legge, l'intima coscienza detti una sentenza, la quale deve essere la *legge parlante*. Sono persuaso invece benissimo: che il fatto assuma dall'intimo convincimento il suo carattere legale, dietro soltanto la *naturale direzione* di chi appunto rappresenta il diritto.

La coscienza popolare dei giurati è sovrana; ma per la sua *espressione legale* abbisogna dell'indirizzo della magistratura togata, la quale per ciò, a dispetto di chi vuole il contrario, interviene pure in tutti gli atti del dibattimento e ne ha anzi la parte principale coll'*interrogatorio*, colla *soluzione* di *questioni incidentali*, col *riassunto* e finalmente colla *sentenza*.

Non è dunque accettabile la separazione del fatto dal diritto: *de iure iudices, de facto iudicant iuratores,* quale linea di demarcazione della competenza tra la magistratura e la giurìa.

No! La separazione del giudice di fatto dal giudice di diritto fu ed è grave *pregiudizio*, come altrove abbiamo dimostrato (*Nihilismo*, ecc., n. 501).

A questo falso concetto è pure informata la legge italiana *8 giugno 1874*, la quale perciò in confronto del codice 1865 vietava di comprendere nelle domande ai giurati il *nomen iuris*, pensando così di raggiungere completamente

la separazione stessa; ma non si avvisava che colle espressioni: *l'accusato è egli colpevole?* si provocava un giudizio misto di fatto e di diritto, non potendosi nella colpevolezza astrarre il fatto dalla legge.

« L'indirizzo oggidì prevalente, così il più autorevole scrittore di questo argomento, è anzi quello di consentire in qualche parte ai giurati anche il giudizio di diritto, in quella misura cioè che è assolutamente necessaria a giudicare della colpabilità dell'accusato; e di incaricare il presidente di dare ad essi le nozioni giuridiche occorrenti a quello scopo in ogni caso speciale, trasformando principalmente in questo ufficio l'atto del riassunto presidenziale » (CASORATI, *Riv. pen.*, vol. XII).

Siccome poi questo rovinoso pregiudizio trae, o meglio pretende trarre la sua ragione storica dal *diritto inglese,* così fu ottima impresa quella dell'illustre GLASER, di provare trionfalmente la tesi opposta (*Riv. pen.,* vol. XII).

In conformità quindi alla natura stessa di questo istituto, quale si manifesta nella sua sede primitiva = non che la separazione, vi deve essere il pieno accordo fra il fatto ed il diritto, fra la magistratura e la giuria, perchè *perfetto* sia il giudizio =. « Il lato vero della istituzione dei giurati sta non già nel sostituire il giudice popolare al giudice togato; ma nel fermare l'intervento del giudice popolare; perchè il giurì limiti colla sua efficacia i possibili trascorsi del giudice togato, e questi alla sua volta i possibili trascorsi di quelli » (PESSINA, *Sommario,* ecc., pag. 58).

990. § 3. PRESIDENTE. Dal pieno accordo fra il giudice di diritto e quello di fatto, procede naturale l'*abolizione dei due giudici collaterali* e l'affidamento della corte a chi rappresenta il diritto; poichè non si può dimenticare che trattasi qui di giudicare di un *ente giu-*

ridico; epperò la direzione dell'impresa deve essere assegnata a chi rappresenta il diritto stesso. Da ciò il *potere discrezionale* del presidente, il quale ha la naturale direzione di tutto il dibattimento non solo nella ammissione ed esplicazione delle prove; ma ancora per *tutte le istruzioni necessarie ai giurati, in modo che comprendano gli estremi legali della punibilità.*

Così intesa l'azione del magistrato presidente, riteniamo pure: che si possa porre nelle domande il *nomen iuris* del reato, sovvenendovi il presidente, colle nozioni giuridiche a ciò occorrenti.

Il verdetto dei giurati deve integralmente risolvere la questione, per cui il magistrato, lasciando ai giurati l'apprezzamento di tutti gli elementi di fatto, deve offrire le opportune istruzioni relativamente al *punto giuridico*, come avviene del resto anche negli Stati Uniti americani (*Rivista pen.,* loc. cit., pag. 356).

Per ciò noi, non che avversare, giudichiamo della massima importanza il *riassunto* della discussione, il quale rappresenta la *sintesi delle norme direttive;* perchè dei fatti si possa formare un concetto giuridico.

Così è dovere del presidente dare istruzioni sulle operazioni, che stanno per compiere i giurati, e richiamare la santità del loro ufficio.

991. Si fa questione: se deve essere sempre *assoluto* il verdetto dei giurati.

La separazione del giudizio di fatto da quello di diritto, suppone questa assolutezza, di guisa che il verdetto, sia positivo o di condanna, sia negativo od assolutorio, dovrebbe senz'altro mettere termine al giudizio e dar luogo alla pena o alla libertà dell'accusato.

Ma in via di fatto non è così; ed anche dove si vuole informata la legge alla separazione (altro argomento, per

cui questa crediamo impossibile), come è nel nostro codice (art. 509), la corte o presidente = può opporsi a un verdetto di condanna a semplice maggioranza e rinviare la causa ad altro giurì =.

Sia pure!... Perchè però sia equa questa disposizione, debba estendersi essa anche ai verdetti di assoluzione (*Nihilismo,* n. 503 e 504).

902. § 4. CONCLUSIONE. Da quanto si disse sulla giurìa e sul presidente o sulla corte è facile derivare = il relativo compito dei giudici e l'accordo delle rispettive funzioni =.

Dove manchi quest'accordo, si falsa il criterio del giudizio; epperò noi non dubitiamo conchiudere = preferirsi l'abolizione della giurìa piuttosto che l'assurdo della separazione =.

Nel primo caso abbiamo imposto un limite al concetto giuridico di reato; ma il concetto lo abbiamo pur sempre secondo legge, come avviene ora nei tribunali correzionali; nel secondo caso invece abbiamo realmente l'annichilamento del concetto giuridico e la sostituzione a questo della coscienza popolare.

Suolsi opporre: che è appunto questa coscienza quella, che deve predominare, come già nel diritto antico.

Tale asserzione disconosce l'evoluzione storica del diritto pubblico.

Nei primordii di una società, non ancora *organato a completa giustizia* lo Stato, era naturale che il popolo vi sovvenisse nell'esercizio della giustizia stessa; ora nessuno nega che il diritto penale sia una funzione appartenente allo Stato, e che se il popolo intervenga lo debba egli *limitatamente* e *subordinatamente al potere,* a cui è *affidata la giustizia,* il quale nella sua azione è sovrano, indipendente. La ragione di questo intervento è a derivarsi dalla natura stessa del diritto penale.

Questo diritto, e noi sopra l'abbiamo dimostrato largamente, trova il suo codice nella coscienza comune; perchè ogni reato deve essere prima *peccato*. La formola quindi positiva della legge non può dare completo il giudizio di *reato*, nè il magistrato educato a questa formola può a sufficienza e con libero giudizio sovvenirvi all'applicazione. È necessario per ciò, che vi concorra la coscienza morale dei concittadini col libero apprezzamento delle prove e colla dichiarazione del *vere-dictum*. Questo fatto concilia la morale col diritto, l'equità colla legge, la coscienza pubblica col dettato della giustizia.

Se combattiamo questo istituto *dimezzato*, quale ci venne di Francia, lo sosteniamo vigorosamente *perfetto* secondo la sua origine e natura, coll'indirizzo cioè e l'accordo di quel potere, a cui è affidata la giustizia sociale.

Quanto al *dibattimento*, *verbali* e *sentenza*, richiamiamo le norme generali del giudizio.

ARTICOLO QUARTO.

GIUDIZIO CONTUMACIALE.

998. Quanto abbiamo esposto intorno ai giudizii suppone sempre la presenza del reo o il processo in contraddittorio: *absens ne damnetur*.

Può darsi però, che l'imputato regolarmente citato non comparisca avanti al giudice senza *addurre ragione, che giustifichi la sua assenza*. In tal caso la società bisogna pure che proceda, ed il giudizio relativo è detto *contumaciale*. Mancando però la parte principale, non è possibile dare un *perfetto giudizio*, e quindi sarebbe ingiustizia il dare immediata e completa esecuzione alla sentenza.

Avanti al giudizio contumaciale, importa bene chiarire i

due requisiti della contumacia stessa, cioè: *a)* che l'accusato dopo l'ordinanza di comparizione non siasi presentato; *b)* che non abbia esposto alcun motivo a giustificazione della sua assenza.

In questa ordinanza, che precede il giudizio, è bene anche rilasciare un *salva-condotto* all'imputato; perchè sia tolto ogni impedimento alla sua comparizione.

Scaduti i termini, e verificate le condizioni della contumacia, si procede al giudizio, il quale, fondato sulle risultanze del processo scritto e non in contraddittorio, fatto senza l'intervento dei giurati, esclusivamente sulle conclusioni del pubblico ministero e della parte civile, si chiude con sentenza letta nella pubblica sala.

Se questa è *assolutoria*, il contumace anderebbe sciolto da ogni accusa e la sentenza avrebbe la sua piena esecuzione; che se importi condanna di reato, la sentenza non porterebbe alcun effetto reale, quanto alla pena.

Nè è a dirsi perciò: che le sentenze contumaciali siano inefficaci.

Esse hanno piena forza: 1.° quanto al giudizio assolutorio; 2.° quanto agli effetti civili; 3.° quanto ad alcune pene accessorie, quali sarebbero la multa, l'interdizione di diritti e di pubblici ufficii (Vedi la ragione nel Trattato *Delle pene*).

ARTICOLO QUINTO.

DOPO LA SENTENZA.

994. Quando non si proceda a rimedii giuridici contro la sentenza, o questi non siano ammessi, la sentenza acquista il valore di *cosa giudicata*, e con ciò diviene *irrevocabile*, ed è fatta *esecutiva*.

Per le irrevocabilità è necessaria l'identità dell'oggetto e della persona; per l'esecuzione, vi provvede il pubblico ministero col concorso della forza pubblica o del potere politico, a cui è affidata l'applicazione della pena.

Rimedii contro la sentenza sarebbero: l'*appello,* la *cassazione,* la *revisione* per violazione di legge.

1.° Appello. Data la garanzia del giudice popolare per i reati, noi riteniamo inappellabili le sentenze dei tribunali e delle corti; e se si volessero subordinare queste sentenze ad una seconda istanza, dovremmo per logica necessità, nel caso di deformità di giudizio, ammettere anche un terzo grado di giurisdizione, che dirima la questione stessa.

In Germania però i giudizii degli scabini sono soggetti a vero appello come i giudizii civili (Cod. proc. pen., § 211, 2). Avverti però che questi giudizii, quanto all'*oggetto* corrispondono al giudizio avanti al pretore, il solo che, a nostro avviso, dovrebbe essere soggetto ad appellazione.

225. 2.° La Cassazione in penale è un omaggio *speciale* al valore *giuridico del rito;* e solo per questo aspetto noi la crediamo una reale necessità.

Da ciò procede: che la Cassazione non entra *in merito della causa;* ma limiterebbe il suo giudizio a tutti gli elementi essenziali del processo, e quindi anche al potere giudicante o alla competenza ed anche al verdetto, non nel suo valore intrinseco, ma nella parte di diritto, o nel modo, con cui si presentano le questioni.

La mancanza del valore giuridico della sentenza produce *nullità,* la quale si riversa anche sugli atti anteriori, che si rannodano colla sentenza annullata.

Il rimedio della Cassazione deve essere gratuitamente concesso alle parti contendenti entro un determinato tempo; e contro una sentenza assolutoria non sarebbe

ammesso ricorso in Cassazione della parte civile, se non per quanto concerna i proprii interessi.

La forma di questo giudizio deve essere *pubblica;* ma limitandosi esso alla considerazione della legge = se violata, se falsamente interpretata o male applicata =, deve egli attribuirsi solo ai giudici togati, senza assoluto bisogno della comparsa degli imputati.

La Cassazione conferma o annulla la prima sentenza. Questo annullamento è accompagnato da nuovo rinvio della causa ad altro giudice, meno = quando il fatto non costituisca reato o l'azione penale sia estinta =. Questa nullità potrebbe essere *parziale* o *totale;* e in relazione a ciò la sentenza sarebbe rifatta in parte o ex integro avanti ad altro giudizio.

Quando mai, dopo l'annullamento della Corte di cassazione, il nuovo giudice, a cui fosse inviata la causa, pronunciasse una sentenza nei medesimi sensi del primo giudice, la Corte di cassazione stessa dovrebbe dirimere la quistione a *sezioni riunite*, per l'importanza maggiore dei due giudicati.

996. 3.° Alla stessa Corte di cassazione, come supremo giudizio dello Stato; epperciò dietro il *diretto impulso del ministro di grazia e giustizia*, appartiene anche la REVISIONE.

L'irrevocabilità del giudizio assolutorio non ammette eccezione; ma l'*eccezione* invece sorge naturale nei giudizii di condanna, quando cioè per nuove circostanze si stabilisca la presunzione = che la *res iudicata* non sia secondo verità, e quindi ingiusta sia la condanna: in questi casi abbiamo la revisione =.

La legge ordinariamente previene alcuni casi: 1.° quando due persone siano condannate con sentenze inconciliabili, che siano prova dell'innocenza dell'uno o dell'altro con-

dannato; 2.° quando dopo la condanna di omicidio sorgessero indizii dell'esistenza di colui, che si crede assassinato e la cui creduta morte fu causa della condanna stessa; 3.° quando vi sia processo di falsa testimonianza o reticenza contro testimoni, che avessero deposto nel giudizio, in cui la condanna fu pronunciata. In questi tre casi (e non nei primi due soltanto, come avviene nella legge francese ed italiana) la revisione deve estendersi anche a tutela del supposto innocente condannato defunto, deputandogli un curatore, che ne riabiliti la memoria.

Con questi tre casi, prevenuti dalla legge francese e dalla nostra, non si può certo provvedere a tutte le offese alla verità ed alla fallibilità degli umani giudizii; è quindi necessario dare maggiore *estensione alla revisione;* specialmente, ove si creda incompatibile l'appello col moderno rito penale; da ciò l'opinione, che si debba = ammettere, senza distinzione di casi, possibile la revisione ogni qualvolta la condanna venga impugnata, per grave presunzione di errore di fatto =.

La casistica, per quanto sottile, riesce sempre incompleta; e se a riparare in tutto o in parte l'ingiustizia di una condanna, rimane pur sempre la *grazia sovrana*, questa di sua natura è volta al reo, e non all'innocente, a cui mira la revisione per riabilitarne la memoria: quindi inopportuna.

Pertanto, riconoscendo pure le dotte osservazioni contrarie di CASORATI (*Riforme,* ecc., ecc., in fine), noi facciamo voti che si estendano in Italia le disposizioni generali in proposito dei recenti codici di Germania e di Austria, attendendo del resto una formola comprensiva meglio determinata ed esatta.

Quantunque la revisione appartenga alla Corte di cassazione, pure dal ricorso e dal processo ordinario di cas-

sazione va sostanzialmente distinta; perchè, trattandosi dell'autorità del giudizio, la legge esige per la revisione sempre l'intervento della suprema autorità, la quale ha la tutela dei giudizii stessi. Al ministro di grazia e giustizia quindi competerebbe solo la facoltà di provocare in proposito la giurisdizione della Corte, incaricando egli, sia sulla domanda delle parti, sia d'ufficio, il proprio rappresentante presso la Corte stessa alla denunzia della sentenza da rivedere.

Il giudizio poi di revisione non si limita, come è compito ordinario della Cassazione, alla questione di diritto, ma si estende alla questione di fatto, dovendo riferirsi a tutti gli elementi, su cui si fonda la prima sentenza per accertare o meno l'errore denunciato.

CAPITOLO TERZO.

IL GIUDIZIO PENALE NEL DIRITTO ROMANO.

CONCLUSIONI.

—

ARGOMENTO.

997. Specie diverse di giudizii presso i Romani in antico e origine la repubblica. — 998. Sotto l'impero: dopo la sentenza. — 999. Conclusione del processo. — 1000. Conclusione di tutta l'opera.

997. Poco abbiamo da esporre in questo proposito giacchè le forme de' nostri giudizî penali sono ben diverse da quelle che erano in uso a Roma. Accenneremo quindi solo ai principii generali, che son pure importanti.

Diverse furono le specie di giudizii penali. A' tempi dei re abbiamo il giudizio regio (e dei duumviri) e quello po-

polare: ne' primi tempi della repubblica l'*iudicium prætorium*, l'*iudicium populi* e gli *iudicia plebis*.

Una grande novità costituiscono le *leges* sulle *quæstiones publicæ*. Com'è noto questi giudizii presentano cospicue affinità coll'odierno istituto della giurla. Da una lista di cittadini aventi determinate qualità (censo senatorio — equestre — censo di tribuno erario — di ducenario) viene estratto a sorte un numero di giudici (a costituire definitivamente il quale concorreva anche la *reiectio* delle parti), i quali, prestato giuramento, assistevano al dibattimento e sentenziavano di diritto e di fatto. Il presidente del giudizio (*prætor* — *iudex quæstionis*) non faceva che enunciare il risultato della votazione. La quale poi non poteva riuscire che a un « *liquet* » (e allora s'applicava senza mutazione veruna la pena sancita dalla legge relativa) o a un « *non liquet* » (e allora l'imputato veniva tosto lasciato in libertà). In alcuni giudizii era ammessa l'*ampliatio:* in altri la *comperendinatio:* istituti sui quali ora non giova fermarsi.

998. Sotto l'impero vanno cessando le *quæstiones publicæ* e tutto assorbe l'*extraordinaria cognitio*. Qui v'ha di nuovo (come nel giudizio pretorio) l'*unus iudex*, che però è assistito dal suo *consilium*. Questo aveva un semplice voto consultivo; ma il magistrato vi era moralmente obbligato. Colla *extraordinaria cognitio* non si mantiene più costantemente la pubblicità dei giudizii.

Le parti potevano farsi assistere da patroni o avvocati, e anzi era questa la regola generale: benchè il reo potesse difendersi da sè stesso.

Valeva la regola « ne absentes damnentur ». Chi era citato a comparire e non si presentava entro l'anno, perdeva i suoi beni, che venivano occupati dal fisco. Egli però poteva difendersi ancora, benchè fosse stata emanata sentenza in contumacia.

Pronunciata del resto una sentenza, il diritto romano le riconosceva il valore di *res iudicata*, come in diritto civile: come pure una volta che fosse pendente un processo criminale, spettava al reo l' « *exceptio rei in iudicium deductæ* ». Solo per le pene capitali e poche altre v' era sotto la repubblica la *provocatio ad populum*, ben inteso quando il giudizio non fosse stato un comizio o una *quæstio*. Sotto l'impero la dottrina si modificò così:

a) dopo una *sentenza assolutoria* non si può ripetere l'accusa, che in caso di *tergiversatio* dell'accusatore o nullità processuale della sentenza stessa.

b) dopo una *sentenza condannatoria* è concessa l'appellazione e in ultimo rimedio il ricorso per grazia al principe.

999. CONCLUSIONE DELLA PROCEDURA. Partendo dal carattere di questo studio, abbiamo avvertito (n. 844) alla necessità di seguire un *metodo positivo;* epperò, anzichè affaticare la mente nella ricerca di un ideale, volgendoci dattorno, abbiamo indagato se vi era una *legge* possibile, a cui (dietro l'indirizzo del principio fondamentale nel diritto punitivo: *reintegrazione dell'ordine giuridico*) far capo, come trama del processo penale.

In questa impresa, dietro la norma che = il processo penale specialmente risponda alle ultime esigenze degli Stati =, abbiamo in particolare studiati i recenti codici (n. 846 e segg.) e furono a noi fonte specialmente: il *Codice tedesco del 7 Febbraio 1877,* il quale sulle traccie del *Codice di Brunswick,* segnava un reale progresso per l'impero germanico; il *Codice austriaco* del 1.° Genn. 1874 dell'illustre giureconsulto GLASER, e le riforme introdotte in Svizzera ultimamente nei Cantoni di *Soletta,* di *Neuchâtel,* di *Ginevra* e di *Vaud.*

Nè abbiamo trascurata la legge del 1872 sepolta dalla

reazione in Spagna, i tentativi di modificazione in Inghilterra; e, ciò che colla nostra legge ha maggiore attinenza, le modificazioni introdotte in Francia nel *Codice di istruzione criminale del 1808* e quelle per l'istesso Codice sancite dal Belgio, in cui si sta ora elaborando nuovo progetto degnissimo di considerazione, per la competentissima Commissione, a cui è affidato il lavoro.

In questo tramestio di legislazione, serviva a noi di orditura, su cui estendere la tela il *Codice italiano*, non tanto per la bontà intrinseca della dottrina, quanto per l'omogeneità ed armonia delle parti, le quali meglio rispondono al carattere scientifico di questo istituto (n. 833 e segg.); e tale sistema d'altronde meglio provvedeva al criterio positivo dei giovani studiosi.

Ritenuto poi il tessuto primo italiano, abbiamo animosamente richiamate volta a volta quelle radicali riforme, che, estravaganti nelle varie leggi degli Stati, si devono subordinare ad unità, per donar loro un carattere scientifico (*passim*).

L'introduzione di queste riforme conciliate con altre, proposte retro nel diritto statuente, varranno, giova sperare, a togliere lo sconcio di circa una terza parte dei reati *oggettivamente* riconosciuti, eppure impuniti (Aguglia, *L'impotenza dell'azione repressiva in Italia e sue cause*. Frascati 1884).

Non è già che dal processo penale ci aspettiamo noi la panacea di ogni male.

Il processo è una parte di un tutto indissolubile, che deve armonizzare con altre leggi connesse e fra queste specialmente l'*ordinamento giudiziario*.

Lo studio di questo servirà di *incoronamento* alla dottrina esposta intorno al processo; come serve di complemento al diritto penale, e lo vedremo più avanti (n. 1000), lo studio della polizia punitiva.

CONCLUSIONE DI TUTTA L'OPERA.

1000. *Cursum consummavi!* e parmi potere aggiungere: *fidem servavi,* mantenni la parola data ai primi passi = di raccogliere tutte le norme di diritto penale sotto un unico principio moderatore, la REINTEGRAZIONE DELL'ORDINE GIURIDICO = (V. *Introduzione*).

E poichè, secondo l'attuale crisi (speriamo salutare), cui subisce la nostra scienza, ci siamo proposto di opporci radicalmente a chi, procedendo a ritroso d'ogni tradizione scientifica, ci ricondurrebbe, con sacrilego abuso della teorica di ROMAGNOSI, alla *vendetta sociale;* è pur naturale, che da questi attendiamo in particolare il tentativo di confutazione.

Siate i benvenuti!

Voi (cosa ampiamente dimostrata nel corso di queste *Istituzioni*) potreste, entro i limiti assegnati al diritto penale, prestare largo tributo di nozioni: ebbene, noi vecchi discepoli di BECCARIA attendiamo rispettosamente i vostri responsi, pronti a mutar consiglio, quando, non già coll'arroganza di creare, ma col modesto intento di portar la pietra ad un edificio già solidamente eretto, giugneste a persuaderci del contrario intorno a qualche speciale argomento.

Prego nella polemica e « *ripriego che'l priego valga mille* » di non sciupare parole in vano dottrinarismo. — Vi parrà strana, ma è schiettissima la preghiera volta a Voi: = siate realmente positivi; non smarrite il buon senso nel pelago di gratuite asserzioni e neppure di gratuite negazioni; non imporre le opinioni di BÜCHNER, di DARWIN, di SPENCER, come postulato dogmatico; non sostituire alla scienza del diritto le dottrine alla spicciolata

di qualche fisiologo o zoologo, intento allo studio esclusivamente fisico di un fenomeno di natura; ma colla scorta di chi vi precede, elevatevi a ragione ed alla ragione nel suo *complesso*, quale *impera attualmente* nell'umanità col corredo di nuove cognizioni sperimentali, che la vanno tuttodì illustrando e, secondo la *romana tradizione* (che è pur frutto di *matura esperienza*), elemento vitale del giure italico =: « *Se qui tu getti il guanto, io lo raccolgo* ».

E poichè a questa ragione facciamo appello, è sacro dovere, per distruggere un fatale pregiudizio, che offusca le intelligenze dei nostri avversari, francamente avvertire: *che questa oggi è Cristiana.*

Un illustre italiano dimostrava argutamente che: « deux principes sont èn présence dans la société actuelle: le principe chrétièn et le principe païen. Le premier pénètre chaque jour plus avant dans la conscience publique; le second domine trop souvent encor l'ordre des faits » (D'Azelio, *La politique et le droit chrétien*. Paris, 1860).

E noi l'abbiamo consultata questa *coscienza pubblica*, come *fonte degli istituti di diritto penale;* ed ora che siamo alla fine, raccogliamo splendide prove della sua caratteristica *cristiana*. — Questa inspira il fondatore Cesare Beccaria; offre completo il concetto dell'*ordine*, che dalla natura umana deriva alla società; sostituisce al *privilegio* del *cittadino* il *diritto dell'uomo;* indaga il fenomeno della *infrazione*, quale procede da *tutto l'essere razionale*, organismo fisico e morale (*reato*); predispone alla reintegrazione (*pena*); e tutto modera l'esercizio di questo sovrano potere, perfino nelle *forme rituali* e nell'esecuzione della sentenza col sistema *penitenziario*.

Questo *progressivo svolgimento* dell'Idea cristiana fa pur capo al diritto romano. Conciossiachè il cristianesimo

come *fattore storico dell'umano incivilimento*, collo splendido preludio di PLATONE, passa a Roma e mercè l'unità imperiale si universalizza alla luce dei romani giureconsulti. — Vedi la storia di questa perpetuità nel gran libro *De civitate Dei*, il cui Autore perciò scrisse: = Ipsa quippe religio quæ nunc est, iam erat et apud antiquos, nec *defuit ab initio generis* humani, usque dum CHRISTUS veniret in carne, ex quo religio, quæ iam erat, *coepit vocari Christiana* = (AUG., *Retract.*, lib. I).

Noi tenacemente legati alla nostra Fede provammo grande amarezza ai primi tentativi di demolizione, che ci venivano dalla scuola critica di Tubinga; ma, seguendo ora questo movimento, ci conforta almeno: che l'evoluzionismo cristiano ed il dominio attuale dell'Idea sono riconosciuti da questa scuola, la quale riserva solo all'avvenire il *culto della natura* (STRAUSS, *Der neue und der alte Glaube*).

Questa è maniera esclusivamente *razionale* di considerare il CRISTO; che, se offende la nostra fede, non nega però il passato e l'attualità; e la scienza positiva vive di questi...

Che fate Voi? Siete intolleranti ed impazienti del fatto, che vi perseguita = l'*Europa è cristiana* =; eppure questo fatto è altamente proclamato sulla scorta di BLUNTSCHLI dai *congressi internazionali*, per ottenere appunto l'*universalità del diritto penale*; i quali congressi fanno capo necessariamente *à la legislation des pays chrétiens*, *aux principes du droit Chrétien* (V. retro n. 913)....., Voi invece, che vi dite *uomini della realtà*, dimenticate l'attuale condizione del mondo e, come CARDUCCI nelle lettere, Vi forzate a creare un'atmosfera diversa da quella che si respira.

Ma che! Se il bello di forma antica può riflettere ancora qualche poderoso sprazzo di luce, come inspirazione d'incerta fantasia e di vago sentimento; il vero invece rilutta

ad un ritorno qualunque; perchè, dove il mondo lo abbia ripudiato, è appunto per la coscienza dell'errore, perchè non è più vero.

Dell'antichità si è serbato ciò che naturalmente all'uomo si conviene; perchè *homo naturaliter christianus* (LATTANZIO); oltre questi confini oggi non vi ha *scienza morale*, non vi ha *legge*, non vi ha *diritto;* perciò trovo conseguente il ripudio dell'idea cristiana alla logica dell'anarchico « *ab imis evertere* »; ma in chi ama la società, secondo l'ordine attuale, è inesplicabile, assurdo.

Sciogliietevi da questo assurdo, *vivete la vita del giorno*, ed allora potremo intenderci; potremo avere a vicenda una bussola, per l'indirizzo della dimostrazione a meta sicura.

E, per vivere noi pure la vita del giorno, dobbiamo a nostra volta rispondere ad altra ricerca: = se cioè alla *ragione cristiana*, che signoreggia in tutto questo lavoro, si accordi la *ragion sociale*, se le riforme razionalmente proposte rispondono realmente al *benessere progressivo della società* =.

A prevenire la risposta affermativa, il capitano della nuova scuola nella prima università del regno, in alcune conferenze intorno al delitto, jeri appena (FERRI, *Conferenze all'Università di Roma*, 1884) audacemente proclamava = che la nuova scuola criminale ha assunto per sua divisa la *diminuzione dei delitti*, a differenza della scuola classica iniziata dal BECCARIA, la quale erasi proposto a scopo la *mitigazione delle pene* =.

Noi dunque non intendiamo alla diminuzione del delitto!?

Questa è asserzione gravissima!

Quando noi vecchi avessimo coscienza: che il diritto penale, come è inteso universalmente, non concorra a raggiungere la diminuzione del delitto, e libri e scienza con-

danneremmo al fuoco, cedendo il posto, come si conviene, ai novatori.

Ma è reale questa impotenza?

La domanda è racchiusa in altra di ordine maggiore, cioè = ha egli il diritto penale, come fu concepito finora, giovato al benessere dell'umanità? =; imperocchè è fallace il dire = il delitto aumenta, dunque l'umanità peggiora =: resta a vedersi quali *atti erano e sono considerati delitti.*

Nel *servaggio universale,* quando l'Atene di Pericle contava 30 mila uomini liberi, 400 mila schiavi; in Roma Cicerone riconosceva triginta milia hominum, ceteri res, come parlare di umanità!... Sapientissimo è il diritto; ma un *privilegio,* come privilegio l'essere *persona.*

Di questo servaggio (poichè i secoli sono momenti nell'evoluzione dei principii) lo strascico dura fino a BECCARIA. La descrizione, che ne fa questi del diritto penale di allora e che ripete splendidamente suo nipote materno nel descrivere lo Stato spagnuolo (*Promessi Sposi,* cap. 17) e la *Storia della Colonna infame,* sono la prova ineluttabile.

Presso noi con MARIA TERESA appunto e GIUSEPPE II si apre il nuovo cielo; ebbene domandiamo se da quell'epoca in poi non vi fu un reale progresso civile? Se l'umanità non è fatta *migliore?*

Questo è il vero punto, a cui riferirsi la quistione.

Immenso, incommensurabile fu il progresso del diritto pubblico in Europa da un secolo ai nostri giorni; e qui basti constatare: che il diritto penale armonizzò con questo progresso, per conchiudere che = anch'egli concorse a rendere *migliore* la società, *minorò quindi la delinquenza* nel proprio significato =.

Che se in omaggio alla profezia di GOETHE: = i numeri domineranno il mondo =, vuolsi dalla *statistica* derivare

l'incremento attuale della criminalità, sia lecito premonire: 1.° che i dati stessi statistici italiani, come appare dai recentissimi studii della Commissione, di cui fa parte lo stesso FERRI (*Atti per il riordinamento della statistica giudiziaria civile e penale*. Roma, 1882), sono tuttora imperfetti e attendono la loro correzione dalle savie proposte fatte dalla Commissione. — 2.° Affinchè, oltre l'incremento apparente, si conosca il *reale*, si deve, secondo l'indirizzo dato dal principe degli statistici italiani (GABAGLIO, *Storia generale della Statistica*, Milano, 1880, pag. 243), raffrontare la statistica penale con *tutti i fattori* dell'umano incivilimento; perchè quanto numericamente risulta aumento di criminalità, in realtà sarebbe solo uno spostamento ed una varia manifestazione delle attività sociali. — 3.° Finalmente si avvisa: che considerato pure a primo aspetto il risultato dei numeri, oggi non vi sarebbe ragione a sconforto, secondo la testimonianza autorevole di un membro stesso della Commissione. Cito le sue parole: « *la conclusione limpidissima*, si è che la statistica giustiziaria, studiata in tutte le principali serie de' suoi dati, ci autorizza a ritenere *progressivamente diminuita* in Italia e in questi ultimi anni la delinquenza così assoluta o apparente come relativa o reale » (LUCCHINI, *La criminalità in Italia*, p. 19-20. Venezia, 1884).

Non vi ha dunque a disperare della società, sotto l'impero dei principii, che ressero e reggono tuttora il diritto pubblico e la scienza penale in ispecie!

A che dunque disertar bandiera?

Di grazia: che cosa sostituite Voi alla così detta scuola *classica*?

Una miscela di fatti e di ipotesi tolte d'altronde che dalla scienza del diritto: dalla biologia, dalla psicofisiologia, dalla zoologia, dalla paleontologia, e va dicendo.

Siate positivi, ripeto ancora, non volate sui trampoli di una scienza avvenire, abbiate fede nella ragione e riverenza al senno dei padri.

Un edificio è eretto; di questo e la solidità, e l'efficace azione, e il progressivo miglioramento li riconoscete Voi pure per prova e ne gustate i frutti; come dunque non *concorrere* animosamente alla comune impresa?

Molto ancora ci resta a fare; e poichè vi proponete direttamente la *diminuzione del delitto*, in queste stesse istituzioni due sono gli argomenti speciali a questo nobile intento raccomandati al vostro studio: la *scienza carceraria*, che dovrebbe prevenire la recidiva, ed il *processo*, che dovrebbe colla *certezza* e *celerità* della punizione assicurare il salutare sgomento (V. n. 999).

A questo punto volgete le vostre forze, ed in generale all'*universo diritto punitivo;* imperocchè questa non è una scienza decrepita, come con crassa ignoranza ed impudente menzogna si proclama; ma, per quanto vigorosa, è tuttora bambina; perchè data da un *secolo* e le scienze sono millennarie, anzi, una volta organizzate, la loro vita è perpetua. — Non è già che la scienza muoia, è l'uomo, che per sua sventura la ripudia e si avvolge nel buio medioevale.... Così oggi, dove ci condurreste Voi, proclamando il delitto una *fatalità*, quale impera nell' islamismo e la pena una *violenza*, come si manifesta nei popoli barbari??

Del resto avvertiamo: che la diminuzione del delitto, o più propriamente la *prevenzione* (poichè il diritto penale tien dietro necessariamente al *reato consumato*), per quanto importante avanti alla mente e al cuore del criminalista, è problema *complesso*, che trova parte essenziale, ma pure *indiretta* della sua soluzione nel diritto punitivo; *direttamente* appartenendo ad altra scienza, il cui scopo

è appunto la giustizia *preventiva* non repressiva (*scienza di Polizia o di buon governo*).

Su questo terreno pressochè inesplorato, ed essenzialmente sperimentale, spiegate, o giovani, arditamente le vostre forze; e senza pregiudizio di scuola fate tesoro di *tutti gli elementi sociali:* religione, patria, famiglia, scienza, industria e commercio; e *tutto* studiate l'*uomo* non tanto nei suoi istinti animali, quanto nelle sue doti morali e civili, come è difatti avanti a noi, che *mangia, beve, dorme e veste panni, che boni e rei amori accoglie e viglia.* Educate!

Questo studio sulla giustizia preventiva è l'incoronamento necessario del diritto penale. — Roma ne porge splendido esempio!

La distinzione fra giustizia *preventiva* e *repressiva* è benissimo stabilita nel diritto romano, sia riguardo all'*obbietto* che all'*azione* e al *giudizio.*

Riguardo all'*obbietto*, ha luogo la giustizia *preventiva* quando, pur non essendosi verificate tutte le condizioni necessarie perchè si abbia il *delitto*, v'ha tuttavia seria minaccia di *pericolo* per la società, che importa di *prevenire.* Quindi: 1.° quando non sia completo l'*elemento subbiettivo* del reato:

a) per *assenza di dolo:* ne' così detti *reati colposi.* Siamo alla distinzione capitale, che PAPINIANO premette alla sua opera « *Definitiones* » e i *Giustiniani* ai Digesti (D. 1, 3, 1, cfr. fr. 2, h. t.), di *delicta, quæ sponte* nel *ignorantia contrahuntur.* Ora, quando il delinquente ha agito con dolo, ha luogo l'azione del magistrato investito della giurisdizione punitiva colla relativa *pœnitio* o *coercitio* (V. avanti): se invece ha agito solo con colpa, ha luogo l'azione di polizia colla relativa *castigatio.* Ecco un rescritto degli imperatori Severo e Antonino (Caracalla)

al prefetto de' vigili, supremo funzionario di polizia in Roma (Dig. 1, 15, 4):

insularios et eos, qui neglegenter ignes apud se habuerint, potes fustibus uel flagellis cædi iubere (*pena di polizia*): eos autem, qui *dolo fecisse* incendium conuincentur, ad .. præfectum urbi (*giudice penale:* cfr. D. 1, 12, 1 pr.) .. . remittes.

Cfr. anche per lo stesso caso Dig. 47, 9, 9. Così per il delitto di *terminus motus* la pena ordinaria è la *relegazione:* ove però si sia rimosso il confine per negligenza, anzichè per dolo, « si *per ignorantiam* .. lapides furati sint, sufficiet eos uerberibus decidere ».

b) per *insufficienza di dolo,* com'è nei reati commessi da un'impubere *infantia maior,* ma non pienamente *doli capax.* Cfr., p. e., la legge delle 12 tavole (Tab. 8, fr. 9, Schöll. Tab. 7, fr. 11, Voigt: Plin., hist. nat. 18, 3, 12) e Plin., hist. nat., 9, 23, 77.

2.° Quando non vi sia la completa estrinsecazione dell'elemento obbiettivo del reato. Quindi:

a) quando si tratta di reati « non natura turpes, sed ciuiliter et quasi more civitatis » (cfr. Ulp. Dig. 50, 16, 42) = che noi diremmo contravvenzioni. Un chiaro esempio Dig. 1, 12, 1, 10. Se un liberto chiamava in giudizio il patrono senza consenso del pretore, o per altra guisa si diportava con poca riverenza verso il patrono, benchè agisse con tutto il diritto, non commetteva un probrum *natura* turpe, ma *more civitatis* e pertanto andava soggetto alla *castigatio* o pena di polizia: non così, se si rendeva colpevole di una vera *ingiuria:*

Cum patronus contemni se a liberto dixerit, .. præfectus urbi adiri solet, et pro modo querellæ corrigere eum, aut comminari, aut fustibus castigare, aut ulterius (cioè oltre i *limiti della castigatio*) procedere in *pœna* (la *pœnitio* o

sanzione punitiva) eius debet: nam *et puniendi* plerumque sunt liberti.

b) quando pur trattandosi di veri delitti, non furono esauriti *tutti gli atti* necessari alla loro consumazione: in alcuni casi cioè di *semplice tentativo*; p. e., Cod. Iust. 9, 19, 3. Dig. 47, 11, 1 pr. (il § 2 si riferisce invece a un *reato perfetto:* corruzione de' costumi).

Riguardo poi all'*azione* e al *giudizio*, avvertiamo:

1.° Spesse volte sono distinti anche i magistrati giudicanti. In Roma giudicavano in materia di polizia in antico specialmente gli edili, più tardi il prefetto dei vigili.

2.° Come nei casi di giurisdizione volontaria in materia civile, la *cognitio* in materia di polizia avviene *de plano*, non *pro tribunali*. P. e., cfr. Dig. 1, 16, 9, 3.

3.° La sanzione è *castigatio* in materia di polizia: *pœnitio* o *coercitio* in materia penale. Giovi un breve raffronto: *castigatio* (che Gellio (*Noct. Att.* 7, 14, 2) parifica al greco νουθεσία: ammonimento) dicitur, cum pœna adhibetur *castigandi* atque *emendandi* gratia, ut is qui *fortuitu* deliquit, *attentior* fiat *correctiorque*. La *pœnitio* invece (gr. παράδειγμα = esempio) propter *exemplum* est necessaria, ut ceteri a similibus peccatis, quæ prohiberi publicitus interest, metu cognitæ pœnæ deterreantur. — I modi della castigatio hanno un carattere disciplinare: admonitio, fustigatio (uerba — fustium castigatio. D. 1, 16, 9, 3), multa. —

4.° Anco le *azioni* o *interdetti popolari* (simili alle *popular actions* dell'odierna Inghilterra) sì frequenti in materia di polizia non si danno in materia penale.

Considerata la distinzione del diritto penale dalla polizia, è bene ora riconoscere il ravvicinamento o il sussidio che la polizia stessa presta al diritto punitivo, la giustizia preventiva alla repressiva.

a) Essa procura di rimuovere alcune condizioni che predispongono il campo al delitto. In tale funzione essa può venire in aiuto alla correzione e disciplina domestica: p. e., D. 1, 16, 9, 3: « *de plano* proconsul potest.... comminari et terrere filium a patre oblatum, qui non, ut oportet, conversari dicatur ». Parimenti a tale funzione si debbono riferire alcune disposizioni altrimenti poco giustificabili. Spettano alla cognizione della polizia molti atti, nei quali non si può presumere il dolo senza previa ammonizione o correzione disciplinare. Dopo tali ammonizioni e correzioni, se alcuno ripete simili atti, deve conoscerne il male ed il pericolo, e può pertanto come contumace essere colpito da una pena. Questo è il caso dei *dimostranti* (iuuenes). Le prime volte se la cavano con una *ammonizione*, tutt' al più una *fustigatio:* se continuano in tali turbamenti della pubblica quiete, palesano a sufficienza la loro ostilità verso le patrie istituzioni e il loro intento di abbatterle e pertanto vengono condannati come rei del *crimen vis* o anche del *crimen maiestatis*. Vedi il passo di CALLISTRATO da noi altrove riferito (p. 227-28). Lo stesso dicasi dei vaticinatori e degli altri che turbano gli animi con inopportune superstizioni. Costoro « *primo* fustibus cæsi civitate pelluntur: *perseverantes* autem in vincula publica coniiciuntur aut in insulam deportantur aut certe relegantur ». PAUL. S. 5, 21, 1.

b) si prende cura dei delinquenti pazzi, o facendoli custodire dai parenti o ritirandoli direttamente. P. e., Dig. 48, 9, 9, 2 e l'importantissimo rescritto di Marco Aurelio e Commodo, Dig. 1, 18, 14.

c) La tutela della moralità pubblica era sotto la repubblica affidata ad un magistrato, che assumeva il nome di *censore:* e la sua azione era in relazione all'oggetto, oserei dire, indeterminata: entro però sempre i confini dell'*ant-*

inaduersio, la quale si risolveva in una ammonizione, che portava una *nota infamante* e una minoranza di *diritti politici.* Poichè l'imperatore accentrava la somma d'ogni potere, anche la facoltà censoria era di spettanza dell'imperatore stesso per la « *cura* o *regimen morum* ».

Questo cenno valga come nesso fra il diritto penale e la scienza di buon governo, a cui abbiamo volto l'animo, come incoronamento dei nostri studii.

FINE.

INDICE DEGLI ARGOMENTI

SECONDO LA NUMERAZIONE PROGRESSIVA DEL TESTO

A

B

C

D

E

F

G

I

L

M

N

O

P

Q

R

S

T

INDICE DEGLI AUTORI

(IL NUMERO INDICA LA PAGINA DEL TESTO)

C

H

I

J

N

O

P

T